LA COOPTATION ET LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'ASSURANCE CONCESSIONNAIRE EN DROIT SUISSE

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de FRIBOURG
pour l'obtention du grade de docteur en droit
par Roland SODER, lic. en droit

Acceptée par la Faculté de Droit le 10. 7. 1952,
sur la proposition de M. le Professeur AEBY (premier rapporteur)
et de M. le Professeur JÄGGI (second rapporteur)

LA COOPTATION
ET
LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE D'ASSURANCE CONCESSIONNAIRE EN DROIT SUISSE

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de FRIBOURG
pour l'obtention du grade de docteur en droit
par Roland SODER, lic. en droit

Acceptée par la Faculté de Droit le 10. 7. 1952,
sur la proposition de M. le Professeur AEBY (premier rapporteur)
et de M. le Professeur JÄGGI (second rapporteur)

IMPRIMERIE BRINKMANN
MULHOUSE
France

1952

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans une thèse : elles doivent être considérées comme propres à l'auteur. (Décision de la Faculté du 1er juillet 1916.)

A mes chers parents,

et à la mémoire

de mon grand-père

AVANT-PROPOS

Qu'il me soit permis d'exprimer à cet endroit ma gratitude envers Messieurs les rapporteurs, Messieurs les Prof. P. Aeby et P. Jäggi, qui se sont penchés avec bienveillance sur ce travail. Ma reconnaissance va également au Bureau Fédéral des Assurances, à Berne, où Me Paratte me reçut avec une courtoisie toujours parfaite, et aux sociétés coopératives d'assurance suisses qui ont bien voulu mettre à ma disposition statuts, règlements, conditions d'assurance et tout le matériel qui m'a permis de me documenter sur l'organisation et le fonctionnement de ces sociétés.

TABLE DES MATIÈRES

Bibliographie 1
Introduction 10

CHAPITRE PREMIER
Le droit des sociétés coopératives

§ 1. La motion Sappeur 12
§ 2. La vie coopérative en Suisse 13
§ 3. Le droit coopératif: aCO et CO 15
§ 4. Essai d'une définition légale de la société coopérative ... 16

CHAPITRE DEUXIÈME
L'assemblée générale, principe démocratique dans la personne morale.
Les atténuations de ce principe dans les coopératives

§ 1. Au point de vue doctrinal 18
I. L'assemblée générale 19
II. Assemblée générale et CO 20
III. Assemblée générale et démocratie 21
§ 2. Atténuations pratiques du principe démocratique dans le droit coopératif 24
I. Restrictions du droit d'élire l'administration par l'assemblée générale en raison de la participation d'une corporation de droit public 24
II. Restrictions du droit d'élire les membres de l'administration par l'assemblée générale en raison de considérations pratiques reconnues par la loi 25
1. La votation par correspondance (880 CO) 26
2. La réunion de tous les associés (884 CO) 27
3. L'assemblée des délégués (892 CO) 27
4. L'article 893 I et la cooptation 29

CHAPITRE TROISIÈME
Les difficultés et les dangers inhérents à une assemblée générale dans la société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de mille membres

§ 1. Insuffisance de locaux 30
§ 2. Faible participation à l'assemblée générale Incompétence et anonymat des membres 31
§ 3. Danger économique et danger politique 32
§ 4. Logique juridique et réalité empirique 33

CHAPITRE QUATRIÈME

La sauvegarde du but social et la cooptation

§ 1. Le but social, sa place dans l'organisation de la personne morale 36
I. La réalité de la personne morale 36
II. Le but de l'institution 37
III. Le membre de la personne morale 38
§ 2. La cooptation, principe d'organisation de la personne morale 39
I. Principes d'organisation de la personne morale 39
II. Arguments en faveur de la cooptation 40
III. L'administration de la personne morale 42

CHAPITRE CINQUIÈME

Le statut du membre et la cooptation

§ 1. L'incorporation de la personne dans l'institution 44
I. L'homme, être institutionnel 44
II. Le statut du membre 45
III. Les droits du membre 46
1. Les droits sociaux 46
2. Les droits particuliers 46
3. Les droits qua tertius 47
4. Les droits qui résultent d'une "Verquickung" du droit social et du droit individuel 47
IV. La technique juridique et la réalité qu'elle encadre 48
§ 2. Le statut du membre dans une grande coopérative d'assurance 48
I. Le contrat d'assurance comme lien social 48
II. Primauté pratique du lien d'assurance 50
1. Acquisition et perte du sociétariat 51
2. Aspects particuliers du statut spécial du membre 53
a) La transmission du lien d'assurance 53
b) Assimilation du membre au tiers créancier 55
c) Constatation d'ordre psychologique 56
III. Conclusions 57

CHAPITRE SIXIÈME

Le membre de la coopérative d'assurance concessionnaire possède-t-il un droit acquis à nommer l'administration ?

§ 1. La notion de droits acquis appartient-elle exclusivement au droit de la société anonyme ? 59
I. Différence de structure entre société anonyme et société coopérative 59
II. La double notion des droits acquis 61
III. Droits acquis et organisation statutaire 63
IV. Le droit acquis et la société coopérative 64
§ 2. La cooptation lèse-t-elle un droit de vote inaliénable du membre dans la coopérative d'assurance concessionnaire ? 65

I. Le droit de vote du sociétaire 65
II. Le droit de vote, droit acquis de l'actionnaire 66
III. Le droit de vote du coopérateur 67
IV. Tout droit du membre n'est qu'un "Hilfsrecht" 68
V. Conclusions 70

CHAPITRE SEPTIÈME

Les garanties extra-institutionnelles du but social La loi sur le contrat d'assurance et la surveillance officielle

§ 1. La loi sur le contrat d'assurance 73
§ 2. La surveillance officielle 74
I. Sedes materiae 74
II. Quelques garanties accordées par les lois de police 75
1. L'autorisation d'opérer en Suisse 75
2. La surveillance et le contrôle périodiques 77
3. Les cautionnements et les fonds de sûreté 77
III. Double aspect de la surveillance officielle 80
1. La surveillance officielle est une mesure de police 80
2. Rôle compensatoire de la surveillance officielle 81

CHAPITRE HUITIÈME

Marginalisme juridique. Cooptation et fondation. Cooptation et association.

§ 1. Marginalisme juridique 84
I. La personne morale n'est pas immuable 84
II. Les éléments de la personne morale sont mobiles 85
III. Répercussion dans l'organisation statutaire 88
§ 2. La cooptation et les personnes morales du droit suisse . 89
I. Cooptation et fondation 89
1. La fondation, personne morale réelle 89
2. Les membres de la fondation 91
3. Cooptation et fondation 95
II. Cooptation et association 96
1. L'association, corporation du droit civil 96
2. Cooptation et association 97
3. Cooptation et corporation à caractère "fondatif" 97

CHAPITRE NEUVIÈME

La cooptation et la coopérative d'assurance concessionnaire

§ 1. Anonymat des membres 98
§ 2. Insuffisance et inutilité de quelques droits corporatifs du coopérateur 101
I. Le droit de contrôle personnel du membre (856, 857 CO) 101
II. Le droit du 1/10 des membres de convoquer une assemblée générale (881 II CO) 102
III. Le droit du coopérateur d'attaquer les décisions sociales en justice (891 I CO) 103

1. La nature de la décision sociale attaquable en vertu de l'article 891 CO 103
2. La décision de tout organe social est-elle attaquable en vertu de l'article 891 CO ? 104
3. Insuffisance de l'action sociale pour le coopérateur non-membre de l'administration 105
IV. Le droit à l'égalité de traitement de l'associé (854 CO).. 106
V. Assimilation pratique du membre de la corporation qui n'exerce ou ne peut pas exercer ses droits sociaux au destinataire d'une fondation ne possédant pas de droits actifs 106
§ 3. Les pouvoirs de l'administration et leurs limites 107
I. L'application de l'article 893 CO par les coopératives d'assurance concessionnaires 108
II. La limitation des pouvoirs de l'administration par : l'action sociale du membre de l'administration, le contrôle statutaire, l'autorité de surveillance officielle..... 109
1. L'action sociale du membre de l'administration 110
a) Légitimation active..... 110
b) Légitimation passive..... 112
2. Le contrôle statutaire..... 113
3. Fonctions et rôle compensatoire de l'autorité de surveillance officielle dans la société coopérative d'assurance concessionnaire..... 114
III. Conclusion 116

BIBLIOGRAPHIE

AB-YBERG, Alois : Die Haftung der Genossenschafter nach schweizerischem Rechte. Diss. Zürich 1941.

AEBY Pierre : L'orientation nouvelle du droit suisse dans le domaine des sociétés. Conférence prononcée à l'occasion de la 23me assemblée générale de l'Association suisse des Banquiers, le 19 septembre 1936, à Fribourg.

ARBENZ Ernst : Die Gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1929.

AUGÉ-LARIBÉ M. : Syndicats et coopératives agricoles. Libr. Armand Colin, Paris, 1926.

BACHMANN Gottl. : Die Sonderrechte des Aktionärs. Zürich, 1902.

BEKKER Ernst Immanuel : System des heutigen Pandektenrechts. I. Bd., Weimar, 1886.

BEYLI W. : Zur Abgrenzung zwischen Verein und Genossenschaft. Dans SJZ, XIII. Jahrgang, p. 189 ss.

BLOCH Konrad : Die Ansprüche der Begünstigten einer Familienstiftung nach schweizerischem Recht. Dans SJZ, 47. Jahrg., p. 71 ss.

BRASSEUR Jean : Le statut des sociétés d'assurance étrangères en France. Libr. gén. de droit et de jurisprudence, Paris, 1943.

BRINZ Alois : Lehrbuch der Pandekten. I. Bd., 2., veränderte Auflage, Erlangen, 1873, III. Bd., 2., veränderte Aufl., Erlangen, 1888.

BRODTBECK/DAEPPEN : Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch. Polygraphischer Verlag A. G. Zürich, 1934.

BURCKHARDT Walther : Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Zweite, neue durchgesehene und ergänzte Auflage. Polygraphischer Verlag A. G., Zürich, 1944.

Le Droit Fédéral Suisse (III). Neuchâtel, 1932.

CLEMENS René : Personnalité morale et Personnalité juridique. Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1935.

COLOMBAIN Maurice : Les coopératives et l'éducation de base. Publication N° 633, éditée par l'UNESCO, 1950.

DEL VECCHIO Giorgio : Individuum, Staat und Korporationen. Dans ZSR, NF, 54. Bd., Basel, 1935.

DERNBURG Heinrich : Pandekten. 1. Bd., 6., verbesserte Auflage, Berlin, 1900.

DETMERS Kurt E. : L'acquisition ipso jure de la qualité de membre d'une Société Coopérative. Thèse. Lausanne, 1947.

DU PASQUIER Claude : Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit. 2me éd., Editions Delachaux et Niestlé, S. A., Neuchâtel-Paris, 1942.

DURAND Paul : L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé. Dans: Le Droit Privé Français au milieu du XXme siècle, tome I. Libr. gén. de droit et de jurisprudence, Paris, 1950.

EGGER A. : Ueber die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Zweite unveränderte Auflage, Schulthess et Co, A. G., Zürich, 1950.

Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Dans SJZ, 21. Jahrg., p. 345 ss.

Revision des Genossenschaftsrechtes. Dans Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, 1922. ZSR., p. 107a ss.

La coopérative et le droit coopératif. Dans Revue Internationale du Travail, vol. XII, N° 5, novembre 1925.

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I., Zweite umgearbeitete Auflage. Schulthess et Co, Zürich, 1930.

EHRBAR Max : Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach ungeschriebenem Recht. Diss., Zürich, 1941.

EHRET Peter : Das besondere Mitgliedschaftsverhältnis der Versicherungsgenossenschaft. Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Neue Folge, 92. Heft, Bern, 1933.

EHRLICH Eugen : Das zwingende und nichtzwingende Recht. Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1899. Dans Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess, 2, 1-4.

EISER Ernst : Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der eingetragenen Genossenschaft. Berlin. Carl Heymanns Verlag, 1930. Dans : Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, 7-12.

ENSSLIN Richard : Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungs-Beschlüsse der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich, 1930.

ESCARRA Jean : Traité théorique et pratique de Droit commercial. Les sociétés commerciales. Tome Premier. Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1950.

FISCHBACH Oskar : Das Sammelvermögen. Inaugural-Dissertation, Strasbourg, 1907.

FLEINER Fritz : Les principes généraux du droit administratif allemand. Libr. Delagrave, Paris, 1933.

GIDE Charles : Les sociétés coopératives de consommation. 3me éd., refondue et augmentée, Paris, 1917.

GIERKE Julius : Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit nach deutschem Recht. Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 20. Heft, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1942.

GIERKE Otto : Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin, 1887.

GLOOR Max O. : Die Nichteinhaltung der Formvorschriften der sogenannten Universalversammlung. Dans SchwAG, XXII. Jahrgang, No 4 (1949).

GLOOR Peter : Recht und Berechtigung der Delegiertenversammlung in der Genossenschaft. Diss. Basel (Maschinenschrift) 1949.

GRANER Paul : Stellung, Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem revidierten Obligationenrecht. Separatabdruck aus SchwAG, Jahrg. 1938-39, Polygraphischer Verlag, Zürich.

GUHL Theo : Le droit fédéral des obligations. Trad. de l'allemand d'après la 3me éd. Editions Polygraphiques S. A., Zürich, 1947.

GUTZWILLER Max : Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur. Dans : Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 1943.

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band. Obligationenrecht. 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung. Erste Lieferung. Schulthess et Co A. G., Zürich, 1946.

Streifzüge durch Genossenschaftsstatuten. Dans ZbJV, Band 85, Heft 1, Januar 1949.

Zwei Preisschriften zum Gleichheitsprinzip im Genossenschaftsrecht. Dans : ZSR, NF, Bd. 69, p. 411 ss (1950).

GYSIN Arnold : Ergebnisse und Erfordernisse der Revision des Genossenschaftsrechts. ZSR (1931), 50. Bd., p. 317 ss.

HAAB Robert : Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft. Dans: ZbJV, Band LXII, Heft 4, April 1926, p. 145 ss.

HAFF Karl : Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, Zürich, 1918.
Grundlagen einer Körperschaftslehre. I. Teil : Gesetze der Willensbildung bei Genossenschaft und Staat. Leipzig, 1915.

HAFTER Ernst : Zur Lehre von den juristischen Personen nach dem Entwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Dans : ZSR, 47. Bd. (NF, 25 Bd.), Basel, 1906.

HARTMANN Rudolf : Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft. Diss. Jur. Bern, 1945.

HAURIOU Maurice : Précis de droit administratif et de droit public. Paris, Sirey, 1907, 6me éd.
La théorie de l'institution et de la fondation. Dans : Cahiers de la Nouv. Journée, N° 4, 1925, p. 1.

HAYMANN Erwin : La surveillance des Sociétés d'Assurances en Suisse et la Juridiction Administrative du Tribunal Fédéral. Genève, 1932.

HENSEL Eduard : Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft nach dem neuen Schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich, 1942.

HEUSLER Andreas : Zur Lehre von den juristischen Personen. Dans : ZSR, 30. Bd. (NF, Achter Bd.), Basel, 1889.

HEUSSER Walter : Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem. Diss. Zürich, 1949.

HODLER Fredy : Die steuerrechtliche Abgrenzung der juristischen Personen unter spezieller Berücksichtigung der Entwicklung im Kanton Zürich. Diss. Zürich, 1945.

HOELDER Eduard : Natürliche und juristische Personen. Leipzig, 1905.
Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Dans : Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 2. Folge, 17. Bd., 53. Bd. von « Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts ». Jena, 1908.

HUBER Eugen : System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes. I. Basel, C. Detloff's Buchhandlung, 1886. IV. Basel, Verlag von R. Reich, vorm. C. Detloff's Buchhandlung, 1893.
Recht und Rechtsverwirklichung. Basel, 1921. (Verlag von Helbing und Lichtenhahn).

HUECK Alfred : Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 1933. Dans: Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, 19-23.

IHERING Rudolph : Geist des römischen Rechts. III. Teil. Leipzig, 1865.

JAEGGI Peter : Privatrecht und Staat. Freiburger Universitätsreden, Neue Folge No 7, 1946, Universitätsbuchhandlung, Freiburg in der Schweiz.

JELLINEK Georg : System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. durchgesehene und vermehrte Auflage, Tübingen, 1905.

JUNG Claude : Les Fonds de Bienfaisance dans la société anonyme en droit suisse. Thèse Droit, Genève, 1949.

KAESLIN Theodor : Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht. Diss. Bern, 1941.

KOENIG Hans : Ein Beitrag zur geschichtlichen Entwicklung der Versicherungsbedingungen in der Schweiz. Dans : Separatabdruck, aus « Gutachten, Denkschriften und Verhandlungen des VI. Internationalen Kongresses für Versicherungs-Wissenschaft ». Wien, 1909.

KOENIG W. : Droit des assurances. Libr. Payot, Lausanne, 1942.
Schweizerisches Privatversicherungsrecht. Verlag Herbert Lang, Bern, 1951.

KOHLER François : Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, 278. Heft. Diss. Bern, 1950.

KUMMER Max : Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, 273. Heft, Bern, 1949.

LANDOLT Emil : Beiträge zum Rechte der Generalversammlung. Diss. Zürich, 1922.

MANTEL Hans-Jürg : Die vereinsrechtlichen Momente im neuen schweizerischen Genossenschaftsrecht. Bern, 1948. (Diss. angenommen 1945).

MATTER Otto : Eine umstrittene Spezialbestimmung des neuen Genossenschaftsrechts. OR. Art. 893 als Ausnahmebestimmung für Versicherungs-Genossenschaften. SA. aus der « Neuen Zürcher Zeitung », 1939.

MEILE Adrian : Verein und Genossenschaft in der Verschiedenheit ihrer Zwecke. Diss. Bern, 1947, (angenommen 1946).

MICHOUD L. : La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. 2 vol. 3me éd., par L. Trotabas, Paris, Pichon, 1932.

MISCHLER und ULRICH : Oesterreichisches Staatswörterbuch. 3. Bd., 2. Auflage, Wien, 1907.

MEYEROWITZ Ernst : Das Recht der Aktionäre auf gleichmässige Behandlung. Carl Heymanns Verlag. Berlin 1932. Dans Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, 13-18.

MUELLER-ERZBACH : Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Grossaktionäre. Carl Heymanns Verlag. Berlin. 1929. Dans: Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, 7-12.

NORD Walther : Grundlinien der Machtverteilung zwischen Verwaltung und Aktionär. Verlag von Franz Wahlen, Berlin, 1930.

OGRIN Nicolae : Die rechtliche Struktur der Genossenschaft. Thèse. Berne, 1930.

OSWALD v. NELL-BREUNING : Aktienreform und Moral. Carl Heymanns Verlag. Berlin, 1930. Dans : Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, 13-18.

PEYER Rudolf : Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich, 1944.

PIC Paul : Des sociétés commerciales. 2me éd., tomes 1, 1925 ; 2, 1925 ; 3, 1926 ; supplément, 1930. Paris, Rousseau.

PICCARD THILO STEINER : Dictionnaire juridique. Zürich, 1940 (2me fasc.).

RAIFFEISEN F. W. : Die Darlehnskassenvereine als Mittel zur Abhilfe der Noth der ländlichen Bevölkerung. Heddesdorf-Neuwied, 1881. (Dritte Auflage).

RENARD Georges : La Théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique. Premier vol., Partie juridique, Paris, Sirey, 1930.

RIESENFELD Stefan-Albrecht : Das Problem des gemischten Rechtsverhältnisses im Körperschaftsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Dans : Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 19. Berlin, 1932.

SALEILLES Raymond : De la personnalité juridique. 2me éd., Paris, 1922.

SAVIGNY Friedrich Carl von : System des heutigen Römischen Rechts. 2. Bd., Berlin, 1840.

SCHERRER Werner : Wohlfahrtseinrichtungen der privaten Unternehmungen. Dans : ZSR, neue Folge, Band 70, Heft 4 (1951), p. 305a ss. Helbing und Lichtenhahn, Basel.

SCHINDLER Walter : Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Generalversammlung und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1933. Dans : Gesellschaftsrechtliche Abhandl., Heft 23.

SCHUMACHER Hermann : Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen Recht bis zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1937. Dans : Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 10. Heft.

SCHULER Paul : L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes. Thèse. Neuchâtel, 1937.

SEILER K. : Verbände nach schweizerischem Vereins- und Genossenschaftsrecht. Thèse. Zürich, 1937.

SIEGWART Alfred : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Bd., Obligationenrecht. 4. Teil : Die Personengesellschaften. 5. Teil : Die Aktiengesellschaft. Schulthess et Co, AG., Zürich, 1938 et 1945.
Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes. Dans : Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, 1943.

STADLER Hans : Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Freiburg in der Schweiz, 1951. Dans : Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz.

STEBLER Otto : Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft. Inaugural-Dissertation, Freiburg, 1944.

STEIGER F. v. : Le droit des sociétés anonymes en Suisse. Libr. Payot, Lausanne, 1950.
Entlastungsbeschluss, wenn alle Aktionäre Verwaltungsräte sind? Dans: SchwAG, XIV. Jahrg., p. 168 ss.

STEINER E. : Die Scheidung der Befugnisse der GV und des Verwaltungsrats. Dans : SchwAG, VII. Jahrg., p. 2.
Verschiedenartige Behandlung von AG und Genossenschaften. Dans SchwAG, 14. Jahrg., p. 95 (1941/42).
Die Anwendung von Vorschriften des Aktienrechts auf die Genossenschaften. Dans : SchwAG, 16. Jahrg., p. 116.

STOCKMANN Heinrich : Aktionär und Statutenänderung. Dans : SchwAG, XXI. Jahrg. Nr. 6 (1949).

STUTZ Walter : Die Sicherstellung der Versicherungsansprüche nach schweizerischem Recht. Diss. Bern, 1948.

TUOR P. : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 5. Auflage. Polygraphischer Verlag, A. G., Zürich, 1948.

VACHERON Jean : Essai sur l'usage abusif de la société anonyme en droit suisse. Thèse. Lausanne, 1949.

VOGEL Walter : Die Genossenschaft als Rechtsform für Bankunternehmen nach schweizerischem Recht. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, Heft 73, 1940.

VOLLENWEIDER H. M. : Beitrag zur Theorie der juristischen Person, insbesondere ihrer inneren Struktur. Inaugural-Dissertation, Zürich, 1908.

VOUMARD R. : Les fonds de bienfaisance des entreprises privées. Dans : ZSR, neue Folge, Bd. 70, Heft 4, (1951). Helbing und Lichtenhahn, Basel, p. 419a ss.

WENNINGER Hugo : Das Stimmrecht des Genossenschafters nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich, 1943.

WIELAND A. : Die rechtliche Bedeutung des Indossamentes und das Eigentumsrecht an der Aktienurkunde bei vinkulierten Namenaktien nach rev. OR. Dans : SJZ, 47. Jahrg., p. 217.

WOLFER Hans : Die Genossenschaftsverwaltung nach schweizerischem Recht. Diss. Basel, 1947. (Maschinenschr.).

Textes de lois et documents

(abréviations utilisées)

CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907.
aCO	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881.
CO	Code fédéral des obligations revisé du 30 mars 1911, 18 décembre 1936.
LF	Loi fédérale.
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889.
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934.
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908.
LS	Loi fédérale concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance du 25 juin 1885.
LCaut	Loi fédérale sur les cautionnements des sociétés d'assurances du 4 février 1919.
LGar	Loi fédérale sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie du 25 juin 1930.
Ord.	Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurances privées du 11 septembre 1931.
RO	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse.
JdT	Journal des Tribunaux.
F. F.	Feuille Fédérale.
Bull. sten. CN	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil national).
Bull. sten. CE	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale (Conseil des Etats).

Projet I	Rapport sur la révision des Titres 24 à 33 du code fédéral des obligations présenté au Département fédéral de justice et police en mars 1920, annexe au projet de décembre 1919.
Projet II	Deuxième rapport sur la révision des Titres 24 à 33 du code fédéral des obligations soumis au Département fédéral de justice et police dans le courant du mois de décembre 1923, annexe au deuxième projet du mois de décembre 1923.
Projet III	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de loi revisant les Titres XXIV à XXXII du code des obligations, du 21 février 1928. Publié dans : F. F., 1928, I, p. 233 ss.
Komm.	Kommentar, commentaire.

Périodiques, etc.

Bl. f. z. R.	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
SchwAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung.
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge.

Fiches juridiques.

Revues et brochures de l'U. S. C., Union Suisse des Coopératives de Consommation, à Bâle.

Statuts de sociétés coopératives d'assurance concessionnaires.

INTRODUCTION

I.

Définition

« Un régime n'est que le vêtement politique d'une société donnée... Tout régime périt par l'exagération de ses propres principes. »[1]) Ces paroles d'un grand écrivain suisse ne perdent pas leur valeur, appliquées au domaine juridique. De même que le corps social politique évolue et se développe au cours de l'histoire et qu'il adapte sa constitution d'une façon plus ou moins violente aux aspirations légitimes de ses membres, les institutions, elles aussi, ont une vie propre et changent. Et lorsque cette vie des institutions est prise en considération et canalisée par le Droit, ce régulateur, celui-ci se doit de ne pas établir des cadres trop rigides à ces réalités mouvantes dont chacune a son propre but et ses propres besoins à satisfaire.

La cooptation, « mode de recrutement qui consiste, pour les membres d'une assemblée, à se compléter eux-mêmes »[2]), choque au premier abord notre esprit habitué à penser en termes démocratiques. Mais n'oublions pas que la démocratie n'est pas un but et un idéal en soi, et que la participation d'un très grand nombre de citoyens à la formation de la volonté de l'Etat ne sert que de moyen à la réalisation la plus parfaite du but de la communauté. « Les organes nommés pour exercer les pouvoirs en sont investis par les exigences du bien commun.»[3]) Rousseau lui-même, dans son «Contrat social», énonce cette vérité: «S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes.»

Nous admettons le rejet de l'idée de cooptation sur le terrain politique. Aucun organe, ni exécutif ni autre, n'a le droit de se

---

1) Gonzague de Reynold, Conscience de la Suisse, 5me éd. 1941, p. 79, 82.
2) Piccard Thilo Steiner, Dictionnaire juridique, Zürich, 1940 (2me fasc.).
3) Clémens René, Personnalité morale et personnalité juridique, p. 242.

nommer lui-même par voie de cooptation, c'est l'ensemble des citoyens actifs de l'Etat qui détient, en principe, les pouvoirs suprêmes. C'est sur le plan politique que la démocratie porte ses plus beaux fruits en Helvétie.

Mais un système juridique doit-il nécessairement refléter les conceptions politiques du souverain? Notre droit privé suisse non seulement n'exclut pas, sauf règle impérative, la possibilité de prévoir la cooptation dans la « constitution » des personnes morales reconnues par lui, mais admet expressément cette manière de faire dans les sociétés coopératives d'assurance concessionnaires (893 I CO).

La cooptation se définira, dans le cadre de notre étude :

Le *mode de recrutement* qui consiste pour l'administration d'une personne morale de droit privé à se renouveler elle-même.

Si nous préférons une définition plus subjective, le droit de cooptation résidera dans

le *droit des administrateurs* de la personne juridique de compléter eux-mêmes les postes vacants de l'administration, sans avoir à rendre compte de leur choix à un autre organe de la personne morale.

II.

Délimitation et position du problème

1) N'ayant pas l'intention de faire sortir notre étude du cadre que nous lui avons tracé — le terrain du droit privé est assez fertile —, nous laisserons tout d'abord de côté les corporations et établissements soumis au droit public de la Confédération et des cantons. De même ne parlerons-nous pas des corporations et établissements à caractère ecclésiastique qui sont organisés sur la base du droit public et qui y sont également soumis (59 I CCS). Nous n'envisagerons pas non plus la cooptation dans les « sociétés d'allmends et autres semblables » qui sont régies par le droit cantonal (59 II CCS).

2) Il convient de préciser, d'autre part, que cette compétence de se nommer soi-même octroyée à l'administration n'est pas susceptible de se rencontrer n'importe où dans notre droit privé. C'est, en première ligne, au titre vingt-neuvième du code des obligations traitant de la Société Coopérative, l'article 893 I qui permet à la société coopérative d'assurance concessionnaire de transférer, en vertu d'une clause statutaire, tout ou partie des attributions de l'assemblée générale à son administration, y compris donc le droit de cette dernière de se recruter par cooptation. Dans le code civil

suisse, nous trouvons la sedes materiae de cette institution aux articles 60 ss pour l'Association et 80 ss pour la Fondation.

3) Ramené à ces trois cas, le problème, là encore, se concentrera essentiellement autour de la coopérative d'assurance concessionnaire. Il se limitera à une question d'organisation, de vie interne de la société, et se resserrera autour d'une série d'interrogations : Des nécessités pratiques peuvent-elles rendre souhaitables, voire même indispensables, de telles modifications dans l'organisation d'une société? Les sociétaires ne sont-ils pas privés par le recrutement par cooptation d'un droit de première importance, «inaliénable» a-t-on dit, celui de nommer eux-mêmes, réunis en assemblée générale, l'administration de la personne morale dont ils font partie ? Comment le Droit peut-il renoncer à édicter une règle impérative proclamant qu'il n'appartient qu'à l'assemblée générale de toute personne juridique de nommer son administration ? Le principe démocratique est-il susceptible, dans certaines situations, d'être remplacé avantageusement par un principe plus autoritaire ? Si l'assemblée générale se voit ainsi retirer l'une de ses compétences fondamentales, quelle force fera contrepoids à l'administration toute-puissante? Quels seront les freins internes et externes qui remplaceront la « souveraineté populaire » dans la personne morale pour maintenir cette dernière dans la voie qui lui est tracée par son but et par ses statuts ?

C'est en répondant à ces questions et à d'autres que nous constaterons au cours de ce travail que la cooptation, règle d'organisation facultative de la personne morale, répond à des exigences pratiques et au besoin réel de la sauvegarde de l'élément essentiel du groupement : le but et l'Idée qui a rallié l'adhésion de tous les membres du groupe et qui les unit dans une même personne.

CHAPITRE PREMIER

Le droit des Sociétés Coopératives

§ 1.

La motion Sappeur

Le 7 juin 1950, M. Sappeur, conseiller municipal de Zurich, déposait au Conseil National une motion tendant à supprimer les compétences exceptionnelles attribuées à l'administration d'une société coopérative d'assurance concessionnaire en vertu de l'appli-

cation de l'article 893 CO. L'une de ces compétences confère, entre autres, à l'administration le pouvoir de nommer elle-même ses membres : que cette intervention parlementaire serve de prétexte à notre étude sur la cooptation, ainsi remise à l'ordre du jour.

Cependant, avant d'aborder les différents aspects que nous dévoilera le problème envisagé, il ne nous semble pas dépourvu d'intérêt de jeter un bref coup d'oeil sur l'organisation coopérative dans notre pays, telle qu'elle se révèle dans la vie et telle que la définissent et la déterminent nos textes législatifs.

§ 2.

La vie coopérative en Suisse

L'esprit de solidarité et de coopération est profondément enraciné dans l'âme du peuple suisse et le caractérise depuis ses origines jusqu'à nos jours. Il a essentiellement déterminé la formation et la structure de notre Etat fédératif, en même temps que l'éthique propre aux Genossenschaften insufflait à ce dernier une extraordinaire vitalité.[1]) L'avènement de la notion individualiste de propriété ainsi que l'essor immense que connut le progrès technique[2]) marquèrent de leur empreinte l'économie de ces communautés coopératives naturelles qui avaient poussé sur le sol de la libre Hélvétie aussi spontanément que sa faune et sa flore. La «commune«, absorbant toute la personnalité de son membre [3]), est forcée de reconnaître des droits éminemment personnels à ses «sujets» et cède le pas à une coopération plus réfléchie, reposant sur la libre association, «rationalisant» et adaptant aux besoins de l'époque une institution qui n'avait perdu ni sens ni valeur, mais dont la structure ne correspondait plus aux conceptions modernes et plus «avancées». [4])

L'esprit de coopération s'impose, aujourd'hui plus que jamais, à toutes les personnes qui se découvrent des intérêts communs dans le domaine économique. Quotiditiennement, des besoins économiques nouveaux ou non satisfaits poussent paysans, ouvriers, artisans et commerçants à recourir au principe du self-help, en faveur duquel une inclination naturelle et une tradition politique de quelques

---

1) Gutzwiller, Komm., p. 13, 16 ; Egger, Rechtsethik, p. 7.
2) Gutzwiller, Komm., p. 22 ss.
3) Huber, Privatrecht IV, p. 270, 273, 276, 276/277.
4) Gutzwiller, Komm., p. 22/23. Là, cependant, où subsistent les sociétés d'allmends, il n'est pas rare de voir s'y greffer des coopératives modernes d'achat, de crédit ou de consommation. V. aussi Egger, Rechtsethik, p. 30/31 : « ... der Gedanke der Selbsthilfegenossenschaften, dit-il, wird von unserem öffentlich-rechtlichen Denken her belebt und gefördert.»

siècles les prédisposent favorablement.[5]) Et ce n'est pas par hasard que la statistique de l'Office fédéral du registre du commerce accuse au 1er janvier 1951 le nombre imposant de 12.256 coopératives inscrites.

Les idées de Raiffeisen, transplantées en Suisse par le curé Traber (1854-1930), de Bichelsee, sont tombées sur un terrain fertile et ont procuré à l'agriculture des institutions d'épargne et de crédit propres à la classe terrienne. Et le fait de rester étroitement rattaché aux principes directeurs qui avaient inspiré l'ingénieux fondateur des caisses de crédit mutuel a contribué à ne pas laisser se tarir cette sève coopérative du type le plus pur.[6]) Les laiteries coopératives, elles aussi, ont remporté un vif succès dans notre pays, les paysans ayant reconnu que «les laiteries industrielles retirent d'une quantité de lait déterminée, grâce à la force centrifuge, plus de beurre que les paysannes n'en pourraient trouver au fond de leurs barattes. »[7])

Les coopératives dites urbaines se sont dégagées des préoccupations strictement rurales, mais n'en ont pas moins répondu à des besoins certains dans l'économie de leurs membres. Le 24 octobre 1844, les « Equitables Pioniers » de Rochdale avaient ouvert la voie coopérative dans le domaine de la consommation. Depuis ce moment-là, le secteur coopératif n'a cessé d'envahir les domaines les plus variés de l'économie : coopératives d'achat, de production, de vente, de crédit et d'assurances. La coopérative, éliminant le profit « capitaliste», établit le juste prix,[8]) rehausse la qualité de la marchandise vendue et est apte à exercer une portée morale sur ses membres — l'éducation coopérative est également une école civique.[9])

En résumé, nous pouvons dire que le coopératisme est né de l'union des hommes faisant face aux mêmes besoins : solidarité devant le même destin qu'ils se sentent capables d'améliorer par la mise en commun de leurs efforts, viribus unitis.

Devant cette variété infinie de constellations dans le ciel coopératif, quelle a dû être l'attitude du législateur suisse, soucieux d'inté-

---

5) Augé-Laribé, Syndicats et coop. agricoles, p. 2 : « Le temps de l'individualisme paysan est passé... On a pu prétendre jadis qu'un travail enragé emporte tous les obstacles ; il faut reconnaître aujourd'hui que le travail vainqueur, c'est seulement le travail collectif, méthodiquement ordonné. »

6) V. l'intéressante brochure éditée par l'USC. : « Les coopératives rurales de crédit en Suisse ». V. aussi Raiffeisen, Die Darlehnskassenvereine.

7) Augé-Laribé, loc. cit., p. 57.

8) Gutzwiller, Komm., p. 46.

9) V. l'intéressante publication No 633 (1950), éditée par l'UNESCO : « Les coopératives et l'éducation de base », par Maurice Colombain

grer dans notre système juridique tous ces divers types de sociétés coopératives dont chacune a son histoire et un esprit qui lui est propre? [10]) Comment a-t-il su créer un climat juridique qui ne nuise pas au plein épanouissement de la luxurieuse végétation coopérative?

§ 3.

Le droit coopératif: aCO et CO

Placé devant cette pléthore coopérative et appelé à la définir en termes légaux, le législateur fédéral a fait preuve d'une grande largesse de vue en sachant mettre un frein à ses tendances réglementatrices. Il a reconnu la nature et la fonction essentiellement économique des coopératives, leur a accordé le droit de la personnalité, mais s'est gardé de comprimer dans un cadre légal rigide et absolu une réalité économique souple et variée, de river à des paragraphes inexorables une institution qui se trouvait quand-même encore en statuts nascendi, et à laquelle un excès d'articles légaux ne pouvait qu'être fatal. Le caractère dispositif s'imposait à une législation sur les coopératives. Le législateur suisse l'a compris.

Le code fédéral des obligations du 14 juin 1881 avait, pour la première fois, établi une base juridique propre aux «associations» coopératives. Le souci de ne pas compromettre la réalisation postérieure d'une législation civile fédérale [11]) ainsi que celui de ne pas entraver dès ses débuts l'évolution d'un genre de société dont on avait pu constater la vitalité et la richesse morale, mais dont on ne pouvait que pressentir l'essor prodigieux qu'il allait connaître par la suite, avaient incité le législateur de 1881 à exercer une sage retenue dans l'élaboration du statut légal des coopératives. L'aCO (art. 678) le définissait assez laconiquement « toute réunion de personnes qui, sans constituer l'une des sociétés définies aux titres XXIV à XXVI, poursuit un but économique ou financier commun », en réduisant au strict minimum les règles d'organisation. [12]) Cette législation très libérale favorisait certainement la création de pseudo-coopératives, mais assurait également aux véritables coopératives des possibilités d'expansion illimitées. La grande liberté qui leur était laissée dans les statuts leur permettait de s'organiser de la manière la plus adéquate aux buts innombrables qu'il leur était loisible de poursuivre. La définition élastique de l'article 678 aCO écartait

---

10) Gutzwiller, Streifzüge, p. 35 ; Komm., p, 54.
11) Gutzwiller, Komm., p. 59.
12) Trois seuls articles de l'aCO (706, 707, 708) suffisaient à réglementer tout ce qui avait rapport à l'assemblée générale des sociétaires. Le CO rev. en comporte 15.

cependant déjà de ce genre de société les associations à but idéal ou altruiste. [13])

Le code revisé des obligations du 18 décembre 1936, lui aussi, bien que plus abondant en la matière, ayant profité des nombreux et instructifs travaux de revision du code et puisé dans la judicieuse et constructive jurisprudence du Tribunal Fédéral, [14]) tient compte de l'extrême diversité dans le domaine coopératif et laisse, pour autant que faire se peut, les statuts libres d'organiser la société selon les exigences du but coopératif et institutionnel. Tous les efforts de revision ont tendu à faire admettre au législateur l'idée que la société coopérative devait être, au point de vue juridique, ce qu'elle était dans le cadre social et économique [15]), et que son rôle devait se borner à créer un cadre dans lequel les diverses institutions coopératives pourraient se développer librement, en vertu de règles à elles propres. [16])

§ 4.

Essai d'une définition légale de la société coopérative

Quelques mots nous suffiront pour essayer de montrer comment notre code des obligations actuel a conçu la nature et l'organisation des coopératives, comment il a su appliquer un barême juridique souple à cette forme d'organisation économique présentant des aspects aussi multiples.

L'article 828 CO tâche de construire une définition aussi exacte et complète que possible de la société coopérative. Dans l'esprit du législateur de 1936 elle est « celle que forment des personnes ou sociétés commerciales d'un nombre variable, organisées corporativement, et qui poursuit principalement [17]) le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts déterminés de ses

---

13) Gutzwiller, Komm., p. 61.

14) Gutzwiller, Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, dans : Festgabe, p. 211 ss.

15) Bulletin sténographique, 1934, Conseil National, p. 750 ; v. aussi Egger, Revision, p. 140a, 149a, 243a.

16) Feuille fédérale, I, 1928, p. 317 (Message).

17) Egger, « La coopérative et le droit coopératif », dans : Revue Internationale du Travail, vol. XII, N° 5, novembre 1925, p. 649 ss, souligne l'importance du mot « principalement » qui ouvre le droit coopératif aux sociétés poursuivant simultanément un but philanthropique ou social extérieur au domaine économique. Il permet aussi, explique-t-il, aux fromageries de transformer du lait qui ne vient pas seulement de leurs membres, et aux sociétés de consommation de vendre à des consommateurs qui, eux non plus, ne sont pas toujours des membres. — V. aussi, au sujet de cette adjonction : Gloor P. : Das Recht der DV, p. 29 ; Meile, Verein und Genossenschaft, p. 36 ; Vogel W., Gen. als Rechtsform f. Banken, p. 29 ss, qualifie cette expression d'« heureuse ».

membres ». La société coopérative « légale » est donc une corporation : personne morale au sein de laquelle les membres jouissent de droits actifs. Elle repose sur un lien de confiance (Genossentreue) et personnel unissant ses membres dans la poursuite d'un dessein économique commun. Elle réalise sa finalité sous le signe de l'égalité [18]), de la collaboration et de l'entr'aide mutuelle de ses membres. [19])

La société coopérative en soi-même n'est pas hantée par l'appât du gain, elle ne cherche qu'à réduire les dépenses et à procurer des avantages « sociaux » à ses membres.[20]) L'argent n'y joue qu'un rôle subordonné. L'élément personnel y prédomine, ce qui la rapproche de l'association à but idéal, mais ce qui la différencie essentiellement des sociétés commerciales, et surtout de la société anonyme : l'influence du capital est, en effet, exclusive sur la structure de cette dernière société ainsi que sur le droit de vote de ses membres, les actionnaires. [21]) L'action, papier-valeur, symbolise la suprématie du capital, le coopératisme est plus humain.

Dans son oeuvre de revision, le législateur, en analysant et précisant certains éléments [22]) qu'il a cru reconnaître d'une manière permanente dans toute organisation véritablement fondée sur le principe du self-help, espérait saisir la réalité coopérative sur le vif et la cerner dans une définition de la société coopérative-type. Mais cette réalité coopérative se révéla infiniment plus riche que la meilleure définition légale, aussi parfaitement souple fût-elle. S'il est relativement aisé de définir et de réglementer une société dont la structure simple et uniforme est basé sur des données quasi-immuables en fonction d'un but bien déterminé, il n'en est pas de même si l'on s'attache à créer une définition et surtout une règlementation uniforme pour les organisations coopératives qui se vouent aux activités les plus variées et dont chacune répond à un besoin différent. [23])

---

18) Egger, Revision, p. 184a, et 200a ; Gutzwiller, Komm., p. 66 ss.

19) V. au sujet de la notion de «société coopérative»: Huber, Schw. Privatrecht, I, p. 157 ; IV, p. 277 ; Guhl, le code féd. des oblig., p. 538 ss.; Delmers, Acquisition ipso jure, p. 8, 11 ; Gysin, Ergebnisse, p. 326, 332, 333, 345/6 ; Gierke J.: Versicherungsvereine a. G., p. 1, 4.

20) Gierke J. : Versicherungsvereine a. G., p. 5 ; Gysin, Ergebnisse, p. 337.

21) Egger, Revision, p. 165a : « Hie Kapitalverein — hie Personenverein ». Le Projet II insiste, lui aussi, sur la différence fondamentale entre société anonyme et société coopérative, p. 100 ss. Gysin, Ergebnisse, p. 328, souligne que les avantages patrimoniaux du sociétaire d'une coopérative n'atteignent jamais les parts de bénéfice du capitaliste dans la société par actions. Et Gutzwiller, Streifzüge, p. 7, de préciser : « Aktiengesellschaften sind niemals Wohltätigkeitsanstalten, selbst wenn sie bei guter Konjunktur eine halbe Million in irgend einen Fürsorgefonds ausschütten.»

22) Gutzwiller, Komm., p. 62.

23) Gutzwiller, Komm., p. 43, 56 ; Egger, Revision, p. 147 a.

Il ressort donc de ces quelques considérations que la société coopérative, telle qu'elle est définie à l'article 828 CO, est une abstraction, et que chaque type de coopérative présente une individualité propre bien marquée. Le législateur s'en est bien aperçu : ainsi a-t-il laissé aux statuts des coopératives une grande latitude dans le soin d'organiser viablement l'activité institutionnelle, ainsi a-t-il aussi tenu à restreindre au minimum indispensable les dispositions impératives de la loi.[24]) Aussi, notre droit des coopératives actuel présente-t-il un aspect très libéral : la grande liberté laissée à ces corporations de s'organiser elles-mêmes dans leurs statuts épargnant à ces dernières une organisation légale rigide et impérieuse qui n'eût pu que nuire à leur développement, et évitant au législateur de se perdre dans une casuistique dont le tort essentiel eût été de ne jamais être complete. Seules ont été l'objet de dispositions spéciales les sociétés coopératives de crédit et d'assurances.[25])

CHAPITRE DEUXIEME

L'Assemblée Générale, Principe Démocratique dans la Personne Morale. - Les atténuations de ce principe dans les Coopératives

§ 1.

Au point de vue doctrinal

La légitimité de la cooptation pourrait être contestée sous prétexte que la nomination et l'élection des membres de l'administration d'une corporation de droit privé constituerait l'attribut par excel-

24) Hensel, Das Generalversammlungsrecht der Gen., p. 31, 35, 101/2. V. aussi Haab, GmbH und Genossenschaft, p. 173.

25) Hensel, Das Generalversammlungsrecht der Gen., p. 27. Gutzwiller, Streifzüge, p. 11/12, bien que parlant en faveur de la véritable coopérative où domine l'élément personnel (p. 35), ne peut s'empêcher de souligner la nécessité de créer des dispositions spéciales pour les coopératives de crédit et d'assurances dont la nature, à certains égards, ne diffère pas de celle de l'entreprise « capitaliste ».
Il est intéressant de relever que l'ensemble de notre système juridique tient compte de l'éthique propre à la coopérative et au droit coopératif : ainsi la loi sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 traite-t-elle cette société en «marâtre» (Achy, Orientation, p. 10) et refuse-t-elle à l'article 13, al. 1, la création de nouvelles banques commerciales sous la forme de sociétés coopératives. V. aussi là-dessus: Vogel, Genossenschaft als Rechtsform f. Banken, p. 35 ss.

lence de l'assemblée générale, organe dit démocratique de la personne morale. Mais l'organe démocratique lui-même est-il toujours indispensable ?

I.

L'assemblée générale

Il s'agit tout d'abord de bien se rendre compte de ce qu'est l'assemblée générale au sein de la personne morale. Celle-ci étant considérée par nous comme une entité sociale réellement existante, elle agit par des organes qui lui sont propres. Nombre, hiérarchie et mode de constitution de ces organes sont déterminés dans les statuts, «loi organique» de la personne morale, voire même dans le code.

L'assemblée générale est l'un de ces organes. Son rôle est, en principe, purement interne et consiste à former la volonté de la personne morale. Il ne se forme pas de rapport direct entre elle et les tiers. Elle est la réunion d'un certain nombre de membres de la personne morale ayant répondu à la convocation, régulière et conforme aux statuts, émanant de l'organe compétent, et où les décisions sont en général prises à une certaine majorité de voix.

Chaque organe voit ainsi ses compétences déterminées par les statuts, en fonction de la place qu'il occupe dans l'institution [1]), à moins qu'une disposition impérative de la loi n'impose une organisation précise et inéluctable à tel ou tel type de personne morale [2]). Mais, dans le domaine de sa compétence, chaque organe, donc également l'assemblée générale, manifeste la volonté de la société et de la personne morale elle-même. [3])

L'assemblée générale n'est pas la volonté de tous les membres, puisque la majorité de l'assemblée générale peut, sauf disposition contraire de la loi ou des statuts, n'être formée que d'une minorité des membres de la société. [4]) Elle n'a pas plus de compétence que ne

---

1) Wenninger, Das Stimmrecht des Genossenschafters, p. 37.

2) Comme l'a fait le législateur pour les SA. V. v. Steiger, Droit des SA., p. 205/6 : « Aux termes de l'art. 698 CO, l'assemblée générale possède un certain nombre de droits « inaliénables ». Elle doit donc les exercer elle-même, sans pouvoir les déléguer à d'autres organes. Une réduction de ces pouvoirs par les statuts est impossible, pour autant que des lois spéciales ne le prévoient point.»

3) Schindler W., Zuständigkeitsabgrenzung, p. 1, 5 ss, 10, 49, 72 et Eiser E., Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, p. 75, nous livrent des développements très intéressants sur la délimitation des compétences des différents organes de la personne morale.

4) En ce sens : Schindler W., loc. cit., p. 22 : L'assemblée générale n'est pas la « Verkörperung » ou l'« unique organe souverain » de la personne morale, n'est donc pas supérieure aux autres organes. Savigny, System, p. 329 : « Als Wille der Korporation aber gilt nicht bloss der übereinstimmende Wille aller Mitglieder, sondern auch schon der Wille ihrer Mehrheit...»

lui en confèrent les statuts de la personne morale, elle n'a aucune prééminence naturelle sur les autres organes, et n'a donc pas le droit d'empiéter sur les compétences propres à ceux-ci. Comité et conseil de surveillance, là où les statuts prévoient cet organe, ne sont ni les organes d'une majorité ni ceux d'une minorité, mais ceux d'une «collectivité» : la personne morale. Chaque organe a le droit d'exercer tous ses droits, mais rien que ses droits, toujours en vertu des statuts et en fonction de la finalité de l'institution.

En théorie, rien n'empêche un organe de se départir d'une partie de ses pouvoirs en faveur d'un autre organe, mais à une double condition : la première, c'est que les statuts permettent une révision de l'organisation de la société en ce sens (s'ils ne disent rien à ce sujet, il faut conclure à l'autonomie de la personne morale, et laisser à cette dernière le soin de s'organiser librement, sauf respect de la loi impérative), et la seconde, c'est que ce soit l'organe «constitutionnellement» compétent qui procède à ce transfert de compétence. L'organe qui reprend ainsi des attributions qui ne lui revenaient pas originairement les fait siennes. Que ce soit lui ou un autre qui les exerce, ce sera toujours la personne morale elle-même qui agira à travers lui, puisque, comme nous l'avons assez souligné, dans l'exercice de ses compétences « fonctionnelles », l'organe et la personne morale ne font qu'un. [5])

Du point de vue de la théorie de la personne morale, rien ne postulerait donc en faveur de l'interdiction de la cooptation (qui ne signifierait in concreto qu'un transfert de compétence de l'assemblée générale à l'administration). Rien ne s'opposerait même, théoriquement, à la suppression totale de l'assemblée générale comme organe [6]), pourvu que les fonctions qu'elle assumait au sein de la personne morale soient assignées à un organe capable et offrant toutes garanties, et que la loi n'impose pas l'existence d'une assemblée générale.

II.

Assemblée générale et CO

Le code, comme la plus grande partie des auteurs [7]), reconnaît l'assemblée générale comme pouvoir suprême de la société, ce qui signifie simplement qu'en principe elle exerce certaines compétences

---

5) La notion ordinaire de « représentation contractuelle » ne peut s'appliquer à des rapports «institutionnels». Une personne morale peut cependant avoir des représentants à côté de ses organes.

6) Landolt, Beiträge, p. 49, 50, 52, 107. Il cite de nombreux auteurs qui sont pour ou contre cette thèse.

7) Landolt, loc. cit., p. 41/2, 43, 49 ; Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 177 ; Arbenz, GWU, p. 165, souligne la nécessité de faire nommer l'administration par l'assemblée générale de la SA.

fondamentales, mais bien déterminées statutairement, de la personne morale. Seulement, alors que l'aCO laissait à la société coopérative elle-même le soin de juger de l'opportunité d'une assemblée générale, le CO actuel, s'inspirant de sa législation sur les sociétés par actions [8]), rompt le caractère dispositif de la loi [9]) et confère à l'assemblée générale des droits et pouvoirs « inaliénables », entre autres celui de « nommer les administrateurs et les contrôleurs » (879 II, ch. 2). Ce caractère impératif de la loi nous effraierait, si de nombreuses exceptions légales ne venaient atténuer la rigueur avec laquelle le principe démocratique est introduit dans le CO révisé. Guhl qui, pourtant, taxe la cooptation d'illogique, reconnaît lui-même que les compétences de l'assemblée générale dépendent de la nature spéciale et du genre de chaque coopérative. [10]) Et, sans vouloir ériger les exceptions en principes, il n'est pas inutile de souligner la part que prend l'administration à la formation de la volonté de la personne morale. Bien souvent, et c'est surtout le cas dans les grandes sociétés, l'assemblée générale se borne à donner une sanction formelle aux propositions de l'administration. [11])

III.
Assemblée générale et démocratie

Les partisans d'une assemblée générale obligatoire dans toute personne morale sont partis sur un cheval de bataille qui rencontrerait certainement plus de compréhension sur le terrain politique et qu'il ne faudrait en tous cas pas transporter à la légère dans le domaine du Droit : la démocratie.

La notion de démocratie implique une participation active d'un grand nombre de membres de la personne morale à la réalisation du but institutionnel. Elle postule l'égalité de voix des membres votants. Or, n'est-on pas allé jusqu'à parler — à tort — de démocratie dans les sociétés par actions, la «Aktiendemokratie , où l'on n'attribue pas aux sociétaires les voix en raison de leur personne, sur une base d'égalité absolue, mais en raison de leur participation financière à l'entreprise ? Ainsi ne faut-il parler du principe démocratique dans les sociétés anonymes que cum grano salis [12]) ; l'introduction de ce slogan dans ce genre société ne peut que prêter à confusion.

---

8) Guhl, le code féd. des oblig., p. 558.
9) Bulletin sténographique, 1932, CE, p. 225 ; Matter, dans : « Eine umstrittene Spezialbestimmung ».
10) Guhl, loc. cit., p. 560 ; Landolt, loc. cit., p. 57/8.
11) Heusser W., Flucht des Gemeinwesens, p. 31.
12) Nord W., Grundlinien der Machtverteilung, p. 42/3. V. également : Kaeslin, Aktiengesellschaft und Verantwortlichkeit der Verwaltung, p. 20 ; Schumacher H., Innere Organisation der A. G., p. 77.

Dans les coopératives, où la personne du membre est en principe, placée au premier plan, le principe de la démocratie reprend ses droits, et l'on ne s'est pas fait faute de souligner que l'organisation de la coopérative devait être démocratique, que son principal organe devait être l'assemblée générale, à laquelle tous les sociétaires devaient avoir accès et dans laquelle ils devaient exercer un droit de vote égal [13]). Notre droit respecte, effectivement, le principe démocratique dans les corporations, principe qui inspire aussi, dans la règle, la constitution de toute personne morale [14]). Mais il ne faut pas oublier la raison d'être et la fonction de la démocratie dans une corporation, quelle qu'elle soit.

L'assemblée générale, organe dit démocratique de la personne morale, repose sur une organisation statutaire : elle n'est qu'un moyen, jugé bon par la loi impérative ou les statuts, de manifester la volonté juridique de la personne morale. Mais la nécessité d'un tel organe se juge tout d'abord en fonction du *but* de la personne morale (la finalité institutionnelle): l'assemblée générale se révèle superflue, si son rôle de surveillance suprême est assumé par un autre organe ou par une autorité même extérieure à la société. Le frein démocratique n'aura plus à réprimer des abus, il n'aura plus sa raison d'être. Deuxièmement, la *protection d'intérêts légitimes*, individuels ou sociaux, peut rendre souhaitable une représentation démocratique des sociétaires dans une assemblée générale. Là aussi, la nécessité de cet organe n'appert pas, si les membres de la personne morale ne courent aucun risque d'être lésés dans leurs intérêts. On a dit très justement : « Que l'exercice des droits soit personnel ou fonctionnel, ce sont toujours les pouvoirs du groupe qui sont en jeu... Le droit social n'est pas lié au principe démocratique... Le monarque le plus absolu peut être le détenteur normal et légitime du pouvoir... Mais il tient du bien commun son titre à l'exercer, et ces droits n'ont d'autre sujet que le groupe. » [15]) Ajoutons que le principe démocratique ne s'oppose en rien au principe aristocratique — gouvernement des « meilleurs » —, mais au principe capitaliste et ploutocratique [16]).

Sans vouloir enlever au principe démocratique son rôle éducateur — celui d'intéresser activement les membres à l'activité institutionnelle — ni même son rôle très souvent nécessaire au sein de la

---

13) Egger A., « La coopération et le droit coopératif », dans : Revue Internationale du travail, vol. XII, N° 5, nov. 1925, p. 674. V. aussi Mantel, Vereinsrechtliche Momente, p. 87, 88, 90-93.

14) Siegwart, Komm. (V. 5, a), p. 11 ; V. aussi Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 30.

15) Clémens R., Pers. mor. et pers. jur., p. 243 ; Landolt, Beiträge, p. 51.

16) Ogrin, Rechtliche Struktur der Gen., p. 111.

personne morale, nous déclarons cependant l'exigence d'un tel principe absolu gratuit et arbitraire, et nous ne l'acceptons pas comme une règle fondamentale découlant de la nature même de la corporation et inscrite dans ses statuts [17]). La pensée juridique n'est pas un simple calcul conceptuel [18]), elle doit aussi tenir compte des exigences de la pratique et du bon sens ; l'habit juridique dont elle recouvre les coopératives n'est pas susceptible de se contenter d'une simple « confection », il ne peut être fait que sur mesure [19]).

Si, pourtant, nous tenons à invoquer un principe en faveur de notre thèse, ce ne sera pas celui de la démocratie, mais celui de la subsidiarité. Ce principe nous semble plus universel et plus conforme à la nature des choses que le premier. De plus, il ne postule pas une forme d'organisation déterminée, ni démocratique ni autre [20]). Il consiste simplement, appliqué à notre étude, à dire ceci :

La délimitation des compétences entre les organes de la même personne morale doit se faire en raison de l'aptitude de chacun de ces organes à assumer certaines taches, ainsi que les responsabilités qui en découlent. Il n'est ni prudent ni conforme au but de l'institution de conférer à un organe des fonctions dont il portera la responsabilité, mais qu'il ne sera pas capable de remplir matériellement [21]).

Il n'est pas douteux que cette manière de voir puisse servir à renforcer, en certains cas, la position et les pouvoirs de l'administration d'une personne morale [22]). Mais il est également utile de relever qu'une telle délégation de compétence sert généralement, d'une manière très adéquate, la finalité du groupement lui-même. L'organe « démocratique » ne s'impose que dans la mesure où les droits du membre ne sont utilement et efficacement sauvegardés que dans une assemblée générale.

---

17) Savigny, System, p. 332, dit : « stillschweigende, ganz willkürliche Voraussetzung einer absoluten Demokratie in der Verfassung aller Korporationen.»

18) Huber E., Recht und Rechtsverwirklichung, p. 377.

19) Ogrin, Rechtliche Struktur der Gen., p. 27.

20) Stadler, Subsidiaritätsprinzip, p. 40/1. Cet auteur dit aussi, au sujet du principe de la séparation des pouvoirs : « Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist standortgebunden, und nach den Anforderungen des praktischen Lebens zu beurteilen, aber nicht umgekehrt.», (p. 84).

21) Nord W., Grundlinien der Machtverteilung, p. 11, 22/3, 27, 42/3, 100. Dans le même sens : Egger, dans: SJZ, 21, p. 345 ss, p. 353.

22) Il est cependant inutile d'insister sur le « Führerprinzip », comme le fait Gierke J. v., p. 20, 28, 32, 92, 93, 98, 99 dans Versicherungsvereine a. G. — Nous sommes persuadés, au contraire, que l'AG est, dans la règle, l'organe social le plus digne et le plus indiqué pour détenir les compétences fondamentales du groupe.

Nombreuses sont, dans le code des obligations revisé, les dispositions relatives au droit des coopératives qui font abstraction du principe démocratique, qui permettent à ces personnes morales de supprimer, par revision statutaire, l'assemblée générale, en lui substituant des modes différents d'exprimer la volonté de la personne morale, ou d'en restreindre notablement les compétences. La cooptation, mode de nomination de l'administration par elle-même, restreint, elle aussi, une compétence fondamentale de l'assemblée générale : celle d'élire ses « gouvernants». On nous permettra cependant de souligner, en fin de paragraphe, que, si la nécessité d'un organe démocratique au sein de toute personne morale a déjà été l'objet d'interminables discussions, personne n'a encore jamais contesté le caractère absolument nécessaire d'une administration, organe de liaison avec les tiers.

§ 2.

Atténuations pratiques du principe démocratique dans le droit coopératif

Dans le droit des coopératives, soucieux de s'adapter de son mieux aux réalités économiques et sociales, l'assemblée générale a de nouveau repris son vrai sens fonctionnel. Et lorsqu'elle se révèle inapte à remplir sa tâche, on a le loisir de la remplacer par un organe plus «idoine». Tant les droits accordés à la corporation de droit public que le droit privé en général concourent à atténuer la portée du principe démocratique dans les coopératives.

I.

Restrictions du droit d'élire l'administration par l'assemblée générale en raison de la participation d'une corporation de droit public

L'assemblée générale est, en principe, comme nous l'avons dit plus haut, l'organe suprême de la société coopérative où le membre de la personne morale exerce ses droits sociaux et où, en particulier, il lui appartient d'élire les membres de l'administration [23]). Ce droit se trouve pourtant notablement diminué, sinon aboli, comme c'est

---

23) Caractère suprême de l'AG souligné dans : Bulletin sténographique, 1934, CN, p. 322 ; Eiser E., Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von GV-Beschlüssen, p. 10; Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 33, 39, 40, 43, 45, 117/118 ; Vogel W., Gen. als Rechtsform f. Bankunternehmen, p. 179, 183 ; Gloor P., Das Recht der DV, p. 2 ; Egger, Revision, p. 198a, 199a ; v. aussi Raiffeisen F. W., Darlehnskassenvereine, p. 51-53, 62 ss.

le cas lorsque le recrutement de l'administration se fait par cooptation, lorsque les statuts confèrent à une corporation de droit public qui a un intérêt public dans une coopérative le droit de déléguer des représentants dans les organes de l'administration et du contrôle de celle-ci [24]).

Ce n'est plus l'assemblée générale, mais un tiers (Confédération, canton, district ou commune) qui procède à l'élection d'au moins une partie de l'administration de la personne morale de droit privé. — Cette tendance à renforcer la position déjà puissante de l'administration caractérise les entreprises mixtes [25]) desquelles on a pu dire, d'autre part, que la volonté de la personne morale tend à se former au sein du conseil d'administration ou d'un comité d'administration, la mise en oeuvre de cette volonté représentant généralement la tâche propre d'une direction liée à la société, dans la règle, par un contrat de travail [26]). L'assemblée générale, dans ces cas-là, détient des fonctions plutôt « honorifiques », pratiquement, l'administration est toute-puissante.

II.

Restrictions du droit d'élire les membres de l'administration par l'assemblée générale en raison de considérations pratiques reconnues par la loi

Dans la société anonyme, la situation est claire et nette : l'assemblée générale a des pouvoirs légalement bien déterminés, le partage des attributions entre les trois pouvoirs se fait d'une manière stricte [27]), aucun pouvoir n'a le droit d'empiéter sur l'autre; les actionnaires ne peuvent exercer leur droit de vote que dans l'assemblée générale [28]), la compétence accordée à l'assemblée générale de nommer les membres de l'administration est de droit impératif [29]) ; il est absolument interdit aux membres de l'administration de se recruter par voie de cooptation [30]).

---

24) V. Bulletin sténographique, 1934, CN, p. 780; v. CO rev., art. 926 I.
25) En allemand: «gemischtwirtschaftliche Unternehmungen» (GWU).
26) Arbenz E., Die GWU, p. 151, 158, 175, 183, 190.
27) Steiner E., Die Scheidung der Befugnisse der GV u. des Verwaltungsrats, p. 2, dans: SchwAG, VII. Jahrg., V. aussi: Bl. f. z. R., 34 (101).
28) RO 67, I, 342 ss (p. 346); v. aussi Landolt, Beiträge, p. 51.
29) RO 59 II 282 : évidemment sous réserve de dispositions spéciales et expresses de droit public (p. 284). V. aussi: SJZ, 30. Jahrg., p. 136 (114).
30) V.: SJZ, 26. Jahrg., p. 382 (76); SJZ, 26, p. 313; SchwAG, II. Jahrg., p. 138, Burckhardt W., Droit fédéral suisse, N° 1523, V.

Le code des obligations se montre plus clément envers les coopératives [31]) : il leur accorde une liberté d'organisation beaucoup plus grande. Il pare l'assemblée générale du droit «inaliénable» de nommer administrateurs et contrôleurs, mais il tolère des exceptions nombreuses [32]), entre autres dans le mode d'élection de l'administration [33]). Ainsi, la cooptation, interdite en principe aux membres de l'administration de n'importe quelle personne morale, reprend ses droits dans le droit coopératif [34]).

Passons en revue quelques-unes de ces atténuations apportées par le code au principe «démocratique» dans les coopératives.

1° *La votation par correspondance (880 CO).*

La votation par circulaire, comme l'assemblée de délégués, était déjà connue avant le nouveau CO [35]). Elle élimine, dans les sociétés de plus de 300 membres de même que dans celles où la majorité des membres est formée de sociétés coopératives, l'assemblée générale et la remplace par un système de votation qui a l'avantage de toucher un plus grand nombre de sociétaires et de les faire participer, au prix de peu d'effort, à la vie de la société. On vote facilement par écrit, alors qu'on hésite à se rendre à une assemblée générale. Ce système représente également une économie de frais [36]). — L'ensemble des sociétaires contribuant de cette manière à la formation de la volonté de la personne morale ne constitue plus une assemblée générale dans l'acception stricte du terme, mais un organe propre.

Cette institution n'est cependant pas de nature à empêcher un renforcement de la position de l'administration. Rien n'empêche, théoriquement, un cercle d'intéressés de présenter des candidats lors

---

31) Steiner E., Verschiedenartige Behandlung v. A. G. u. Gen., SchwAG, 14. Jahrg., S. 95 (1941/42). Cet auteur constate aussi une lacune dans le droit des coopératives : l'absence d'une disposition prescrivant une AG annuelle, ce qui favorise des AG très espacées dans le temps. V. aussi : Steiner E., SchwAG., 14. Jahrg., S. 105 Genossenschaftsrecht.

32) Egger A., Revision, p. 199a : «Aber unter besonderen Umständen muss es zulässig sein, die Generalversammlung auszuschalten».

33) Projet I, p. 164/5; Projet II, p. 117/18; Feuille féd., I, 1928, p. 329/330.

34) Steiger Fr. v., L'inscription des SC au RC, p. 27/28; Wolfer H., Die Gen.-Verwaltung nach schw. Recht (Diss. Basel 1947), p. 72, en annotation. On a exagéré nettement, au CN, le caractère «néfaste» de cette institution «die gegen den Grundsatz der Trennung der Gewalten, Generalversammlung und Verwaltung, so eklatant verstösst (Scherer, dans: Bulletin sténographique, 1934, CN, p. 860).»

35) Vogel W., Gen. als Rechtsform f. Bankunternehmen, p. 186/7. V. aussi pour cette institution: Landolt, Beiträge, p. 50; Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 179, 182.

36) Le vote par correspondance a été introduit, par ex., dans les statuts de Patria (art. 9), dans ceux de la Société suisse d'Assurances générales sur la vie humaine (art. 13), pour les quelques compétences qui sont restées dans ces deux sociétés à l'ensemble des sociétaires.

des élections au conseil d'administration, mais pratiquement ce seront les propositions de l'administration elle-même qui «circuleront» et qui courront rarement le risque d'être rejetées. L'absence de débats dans cette procédure écrite facilitera une cooptation effective.

2° *La réunion de tous les associés (884 CO).*

C'est une assemblée générale où tous les membres sont présents, et qui n'est, de ce fait, pas tenue aux formalités d'usage prescrites par la loi pour la convocation d'une assemblée générale ordinaire. Cette institution, à laquelle on est allé jusqu'à attribuer des origines coutumières [37]), ne présente d'intérêt que pour les sociétés composées d'un nombre restreint de sociétaires. Mais ne pourrait-on concevoir l'hypothèse d'une telle société où l'assemblée générale se confondrait avec l'administration de la personne morale [38]) ? La cooptation serait alors le seul mode de recrutement possible et correspondrait au principe démocratique.

3° *L'assemblée des délégués (892 CO).*

L'assemblée de délégués se rencontre fréquemment dans les sociétés coopératives de plus de 300 membres de même que dans celles où la majorité des membres est formée de société coopératives. Assez souvent les statuts de la personne morale lui accordent les compétences normalement réservées à l'assemblée générale, alors que l'ensemble des sociétaires n'est appelé à se prononcer — par écrit — que sur la dissolution ou la fusion de la société avec une autre. Elle est normalement et légalement prévue comme organe suprême des fédérations coopératives [39]).

L'assemblée de délégués ne se confond pas avec l'assemblée générale. Elle la remplace. Elle détient toutes les compétences que les statuts n'ont pas laissées dans les pouvoirs de l'ensemble des sociétaires ou d'une assemblée générale survivante. L'assemblée de délégués ne se compose que d'une fraction, parfois très minime, parfois aussi très forte [40]), de cet ensemble de sociétaires. Elle est une assemblée générale en miniature.

---

37) Eiser E., Nichtigkeit u. Anfechtbarkeit, p. 21; Gloor Max O., Nichteinhaltung, p. 103. V. aussi, sur cette «Universalversammlung»: Landolt, Beiträge, p. 45; Hensel E., GV.-Recht der Gen., p. 207/8.

38) Landolt, Beiträge, p. 48, disait déjà: «Am einfachsten ist die Lösung, wenn statutengemäss Vorstand und G. V. identisch sind, wenn also jedes Mitglied eo ipso zum Vorstand gehört.»

39) Art. 922 CO. Dans le cas, cependant, où une coopérative se compose uniquement d'autres coopératives, il s'agit, au fond, d'une authentique «assemblée générale». En ce sens: Gloor P., Das Recht der DV, p. 130; Seiler K., Verbände, p. 79.

40) Ainsi ont pris part, cette année, à l'assemblée des délégués de l'Union suisse des coopératives de consommation, à Genève, 1.029 délégués. Cette participation est la plus importante dans les assemblées du mouvement coopératif suisse. (Dans: «La Suisse», numéro du 3 juin 1951).

L'assemblée de délégués s'est imposée par la force des choses. Le nombre élevé des membres dans les grandes coopératives ne permettait plus de les réunir tous au même endroit; d'autre part, une assemblée générale dans ces conditions empêchait des débats sérieux et une activité fructueuse. La démocratie directe ne remplissant plus sa fonction, un organe moins lourd et moins sujet à des mouvements de «masse» s'est taillé une place au soleil: l'assemblée de délégués. Les grandes coopératives n'étaient plus viables sans elle [41]).

Dans une société coopérative chaque membre a, en principe, une voix qu'il fait valoir dans l'assemblée générale. Dès qu'une coopérative a introduit dans ses statuts l'assemblée de délégués, le droit de vote actif de chacun de ses membres se réduit généralement à la nomination des délégués [42]) qui, à leur tour, à l'assemblée des délégués, nommeront l'administration et rempliront toutes autres tâches que leur ont réservées les statuts. En règle générale, cette désignation des délégués se fait dans des arrondissements électoraux [43]), ou assemblées électorales.

Mais rien n'empêche une coopérative de prévoir un autre mode d'élection des délégués. La loi l'y autorise expressément (892 II). C'est ainsi que les statuts pourront prévoir sans autre que l'assemblée des délégués se recrute elle-même par voie de cooptation. La «Patria» (société mutuelle suisse d'assurance sur la vie, Bâle) nous offre une disposition statutaire de ce genre: L'article 11 de ses statuts nous dit, alinéa 1:

«L'Assemblée de délégués se compose de 50 membres dont :

a) six désignés par la Société d'utilité publique de Bâle,

b) six désignés par les Sociétés d'utilité publique d'autres Cantons, à la demande de l'Assemblée des délégués,

---

41) Gloor P., Das Recht der DV, p. 5 : «Die grossen Genossenschaften waren ohne DV nicht mehr lebensfähig.» V. aussi sur cette question: Eiser E., Nichtigkeit u. Anfechtbarkeit p. 122/3, 124; Gloor P., loc. cit., p. 17, 144/5, 146, 149, 151. Dans cet ordre d'idées, il faut aussi tenir compte de la mentalité du coopérateur dans une grande coopérative. L'idéal coopératif du membre (solidarité et entr'aide mutuelle) s'efface devant l'intérêt économique immédiat qu'il puise dans la simple utilisation de l'institution coopérative. L'«action commune» est très faible, et l'égocentrisme du membre très grand.

42) Gloor P., Das Recht der DV, p. 97: «Jeder Genossenschafter hat das Recht, die Delegierten zu wählen; dies ist sein verkümmertes GV-Stimmrecht.» V. développements sur droit de vote et assemblée de délégués: p. 57, 64, 66, 75, 114.

43) Hensel E., Generalversammlungsrecht, p. 190. V. par exemple les statuts de la Emmentalische Mobiliar-Versicherungs-Gesellschaft in Zäziwil (art. 10), ceux de la Mobilière Suisse (art. 8), ceux de la Société suisse d'assurance contre la grêle à Zurich (art. 23). V. également les articles 36 et 37 des statuts de la Banque Populaire Suisse, qui déterminent les «organes d'arrondissement».

c) 38 nommés au scrutin secret, par l'Assemblée des délégués elle-même.»

Et l'article 13 arrête :

« L'Assemblée de délégués: . . . 4. choisit les membres du Conseil de Direction» (donc, l'administration, in concreto).

Dans le cas de la société précitée, il n'est pas exagéré de dire que le sociétaire, simple preneur d'assurance, est éliminé pratiquement de toute activité «sociale», cette dernière étant réservée à une petite élite soit de tiers (les sociétés d'utilité publique) soit de sociétaires, se renouvelant périodiquement par voie de cooptation. Cette assemblée de délégués ne se différencie pas, en fait, d'un simple conseil de surveillance, et remplit effectivement les conditions d'un tel organe «administratif». Cette assemblée de délégués peut être englobée dans le terme «administration», pris au sens large.

Nous pouvons donc affirmer en toute simplicité que le système de l'assemblée de délégués, s'il répond en général au besoin démocratique de nos coopératives, peut tout aussi bien conduire à une concentration de pouvoirs entre les mains de ce que l'on aura des scrupules à appeler «administration» au sens large.

4° *L'article 893 I et la cooptation.*

C'est la disposition légale qui crée une facilité spéciale et exceptionnelle pour l'administration des sociétés d'assurance concessionnaires de plus de 1.000 membres : celle, entre autres, de se renouveler elle-même par cooptation. Ce transfert de compétence ne peut cependant se faire sans autre forme de procès : une revision des statuts est indispensable.

Cet article qui a suscité des polémiques assez vives dans la période où se faisait la revision du CO, et qui vient de susciter aux Chambres la motion Sappeur, attirera tout particulièrement notre attention dans la suite de notre étude [44]).

44) V. la critique assez belliqueuse de cet article dans : Matter O., Eine umstrittene Spezialbestimmung.

CHAPITRE TROISIEME

Les difficultés et les dangers inhérents à une assemblée générale dans la société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de mille membres

Passons en revue, maintenant, quelques-unes des considérations pratiques qui ont paru justifier l'insertion de l'article 893 dans le CO et qui légitiment, en particulier, l'administration à se recruter par voie de cooptation.

§ 1.

Insuffisance de locaux

Une première difficulté et un premier problème qui se pose dans une très grande société coopérative, c'est le manque de place: où convoquer une assemblée générale qui comprendrait quelques dizaines de milliers, voire plus de 100.000 membres? [1]) A moins de réserver la place de St-Pierre à Rome, la société ne serait pas en mesure de réunir tant de monde en assemblée générale. Même en admettant une participation assez faible à l'assemblée générale, cette dernière pourrait quand-même prendre des proportions géantes; cela n'ôterait rien à l'acuité du problème.

Cette question a déjà fortement préoccupé les Chambres lors de la revision du CO, elle a été soulevée également par bon nombre d'auteurs. La réponse n'a fait aucun doute : la suppression totale ou partielle de l'assemblée générale s'imposait dans de telles conditions. Tout en relevant la suprématie de principe d'une assemblée générale dans la personne morale, il a fallu reconnaître qu'il y a des cas où elle ne peut fonctionner régulièrement, faute de place et de localité assez grande [2]). La cooptation, par la force des choses, se voit préférée à l'élection de l'administration par le vote d'une assemblée générale aussi immense.

---

1) La Rentenanstalt à Zurich, par exemple, comptait en 1947 180.000 membres, sans compter les assurés n'ayant pas acquis le sociétariat (auj. 230.000).

2) Bulletin sten., 1932, CE, p. 225; 1934, CN, p. 773, 775, 776. V. aussi Landolt, Beiträge, p. 50; Hensel, GV-Recht, p. 177. Ce même auteur cite une disposition de la LB (art. 36, II) qui dit que l'administration de la faillite exerce tous les droits de l'assemblée des créanciers. La ratio legis réside, là aussi, dans l'éventualité d'une assemblée délibérante trop nombreuse (p. 217). — Il convient de signaler aussi à cette place l'art. 23, I de la LGar qui dit: «Le Conseil fédéral peut désigner pour la liquidation de la faillite une administration spéciale et lui conférer tous les pouvoirs de l'assemblée des créanciers.»

§ 2.

Faible participation à l'assemblée générale. - Incompétence et anonymat des membres

Mais d'autres raisons encore postulent en faveur de pouvoirs exceptionnels accordés à l'administration d'une grande coopérative d'assurance. L'expérience révèle, en effet, que dans une telle entreprise la participation à l'assemblée générale est infime par rapport à l'ensemble des membres. A ceci s'ajoute un mal plus grave: l'incompétence de ces derniers en matière d'assurance.

Si *l'assemblée générale est très peu fréquentée*, cela tient à plusieurs causes. L'une des premières, c'est le recrutement de membres à l'étranger. Dès qu'une entreprise d'assurance atteint une certaine ampleur, elle franchit les frontières du pays où elle a pris naissance et étend son réseau d'assurances à d'autres territoires, dans d'autres Etats. Tous les membres recrutés de la sorte en pays étranger sont, du fait même, pratiquement exclus d'exercer leur droit de vote au sein de l'assemblée générale, malgré leur qualité de sociétaires. Leur nombre peut être très considérable [3]).

D'un autre côté, le caractère extrêmement techinque et complexe d'une grande coopérative d'assurance n'est pas de nature à stimuler le zèle du sociétaire, aussi fervent coopérateur fût-il. Le simple membre ne s'estime plus capable de suivre la marche des affaires en connaissance de cause, encore moins de la critiquer; il juge donc sa présence inutile à une assemblée générale où lui et ses semblables ne serviraient que de toile de fond.

A ces réflexions et constatations s'ajoute que, dans une entreprise où joue la loi des grands nombres, l'intérêt du membre assuré se volatilise en proportion directe de l'accroissement du nombre de sociétaires et d'assurés. L'affectio societatis s'efface, dans une telle société, au fur et à mesure que le nombre de membres dépasse un chiffre optimum, c'est-à-dire celui où l'intérêt corporatif du membre atteint son maximum [4]).

---

3) En 1939, la Rentenanstalt comptait 107.000 membres, dont 37.000 à l'étranger; en 1947, sur 180.000 membres, 42.000 résidaient hors de Suisse. Wenninger, Stimmrecht, p. 145, constate aussi, «dass die im Ausland wohnhaften Mitglieder praktisch von der Ausübung ihres Mitbestimmungsrechtes sowieso mehr oder weniger ausgeschlossen sind.»

4) Dès que le chiffre que nous appelons optimum est dépassé, la corporation commence à prendre un caractère de fondation, et son membre celui de «destinataire», privé pratiquement de droits actifs. Nous reviendrons sur cette idée dans la suite. — Müller-Erzbach, Umgestaltung, p. 20, parlant de la société anonyme, dit entre autres : «. . . Je grösser die Zahl der Aktien . . . desto geringer im Verhältnis die Zahl der Besucher einer Generalversammlung.»

C'est surtout l'*incompétence et l'anonymat des membres* d'une assemblée générale dans une très grande coopérative d'assurance qui soulignent le danger d'une fréquentation de l'assemblée générale risiblement faible au regard de l'ensemble des sociétaires. En effet, il n'y a pas de doute que l'extrême technicité et les rouages innombrables et compliqués d'une entreprise d'assurance importante ne sont plus à la portée de tout membre, et qu'une assemblée générale fonctionnant dans ces conditions ne fournirait qu'un travail médiocre sinon franchement mauvais. Dans la meilleure des hypothèses, elle acceptera les propositions faites par l'administration et ratifiera les actes provisoires auxquels cette dernière aura procédé de son propre chef [5]). Mais alors, n'est-ce pas illogique d'imputer à une assemblée générale la responsabilité de décisions qu'elle n'a prises que formellement, et ne vaut-il pas mieux conférer certaines tâches à l'organe qui en assume effectivement la mise en oeuvre et lui endosser la responsabilité dont il était jusqu'alors trop content de se décharger sur une assemblée générale qui en réalité n'en était pas une?

§ 3.

Danger économique et danger politique

Nous ne voulons pas insister sur le fait qu'une assemblée générale telle que nous l'avons décrite plus haut est une proie toute choisie pour meneurs et porte-paroles douteux qui pourront, sans

---

5) V. en ce sens: Hartmann, Organbegriff, p. 22 et 33: «. . . Die Generalversammlung ist «Wahlkörper». . . Tatsächlich ist jedoch diese ursprünglichste der korporativen Fähigkeiten stark eingeschränkt». Nord, Grundlinien, p. 27: «Es ist ein Mangel, einem Organ die Verantwortung für eine Massregel aufzubürden, die dieses Organ nur formell trägt, aber sachlich gar nicht tragen kann». Vacheron, Les abus dans la SA, p. 25 et 26: «L'assemblée ne fait que ratifier les propositions qui lui sont soumises, le plus souvent sans discussion préalable. En principe, les nouveaux administrateurs sont recrutés par cooptation. . .» V. aussi Hensel, GV-Recht, p. 225. — En droit français, Pic, N° 1104, admet dans une certaine mesure la cooptation pour les SA à titre provisoire, le choix des administrateurs provisoires faisant l'objet d'une ratification ou d'un rejet par une assemblée générale postérieure. En droit suisse, cette solution est strictement prohibée pour les SA. Par contre, nous trouvons cette cooptation à titre provisoire dans le passé de la Rentenanstalt. Fondée en 1857, elle ne connaissait pas encore d'AG, et la cooptation jouait un assez grand rôle dans le recrutement de l'administration. Ce n'est qu'après une révision des statuts de cet établissement en 1879 que l'on introduisit une AG aux compétences limitées. On lui confiait entre autres l'élection de 20 membres de l'administration (= conseil de surveillance). Une révision statutaire de 1885 lui confiait en outre la nomination de tous les membres du conseil de surveillance et la confirmation des nominations provisoires auxquelles avait procédé de son chef le conseil de surveillance — par cooptation, naturellement. Les coopératives d'assurance connaissaient donc et appliquaient l'institution de la cooptation.

trop d'efforts, entraîner une foule qui a de la peine à discerner le vrai du faux dans les décisions à l'emportée, pouvant aller jusqu'à compromettre l'avenir de la société. Des idées dites « sociales » se distinguent souvent fort peu de visées ambitieuses et égoïstes. Il existe encore toujours des moutons de Panurge.

Mais un danger plus grave, et d'ordre politique, guette une assemblée générale où la «plebs» tend à se faire «grex». C'est ce que la doctrine allemande a appelé la «Ueberfremdungsgefahr». Il peut se présenter en période d'inflation (il sera alors très souvent le fait de personnes ou de groupements privés), comme aussi en temps d'hégémonie nationaliste (il sera alors tout simplement une menée politique, sous l'instigation d'une puissance étrangère). Dans les deux cas, il consistera à «organiser» une assemblée générale et à constituer un noyau de sociétaires selon des vues financières ou politiques bien déterminées. Leur objectif sera de repourvoir les sièges de l'administration selon leurs intérêts particuliers [6]. Cela permettra à ces personnes ou à ces groupements de disposer à leur guise des ressources et des réserves de la société, voire de l'acculer à la ruine et à la faillite. Favoriser, par une disposition de droit civil, la prévention d'un tel danger, ne nous semble pas empiéter sur le domaine du droit public, ce n'est que faire oeuvre de sagesse [7]. In concreto, seule la cooptation permettra un choix judicieux des administrateurs, évitera les décisions rapides et inopportunes d'une assemblée générale mal orientée, et garantira le caractère essentiellement national de l'établissement.

§ 4.

Logique juridique et réalité empirique

Il convient de souligner à cet endroit qu'une technique juridique trop poussée nuit au Droit plus qu'elle ne favorise son évolution. Nous n'irons peut-être pas jusqu'à dire avec Saleilles «que les infractions à la logique sont la première condition de toute bonne méthode d'interprétation juridique [8]), mais nous sommes convaincus qu'une application trop rigide de principes juridiques, si elle fait tout honneur à l'esprit logique de son auteur, législateur ou juge,

---

6) Par des personnages de leur choix et, au besoin, par des hommes de paille à leur solde, si des prescriptions de nationalité venaient à gêner leur manoeuvre.

7) D'un avis divergent semble être Nord, Grundlinien, p. 13: «In der Inflation war die Ueberfremdungsgefahr nur spezielle Folge der Geldentwertung... Für ungewöhnliche Gefahren kann keine normale Regelung eintreten, sondern höchstens ein Notventil eröffnet werden».

8) Saleilles, De la Personnalité Juridique, p. 333.

n'en constitue pas moins le meilleur moyen de changer le summum ius en summa iniuria. Hauriou disait, lui aussi, en traitant du principe de la séparation des Pouvoirs: «Des combinaisons très variées sont également viables suivant les pays et suivant les époques; seules les séparations rigoureusement fonctionnelles de certaines de nos constitutions révolutionnaires se sont montrées impraticables...» [9]). Dans le même ordre d'idées, il ne fait pas de doute qu'il est vain de vouloir maintenir à tout prix une assemblée générale «impraticable», voire même la réinstituer, si elle a été supprimée, alors que son rôle consisterait essentiellement à enregistrer la «voix de son maître» et les décisions venues d'en-haut. Le bon sens juridique se refuse à admettre un formalisme poussé à ses extrêmes limites, faisant fi des données de la vie réelle qu'il ne sert pourtant qu'à réglementer et à encadrer, mais non à violenter. De même qu'il est inadmissible de laisser subsister dans notre droit des SA une «société», personne morale à un seul membre (Einmanngesellschaft) [10]), de même est-il oiseux et dénué de sens de laisser végéter une assemblée générale impotente et incapable de remplir utilement son rôle de surveillance suprême de la société.

La valeur éducative de la coopérative ne «rend» plus dans une très grande entreprise où le coopérateur se sent noyé dans l'assemblée générale comme une goutte d'eau dans l'océan. L'impulsion initiale qui a créé la coopérative et l'action commune de ses membres qui a contribué à en assurer le développement d'une aussi prodigieuse manière ont perdu de leur utilité en renforçant la puissance de la «machine coopérative» qui, maintenant, marche toute seule. Vaut-il la peine, d'autre part, de laisser subsister une assemblée générale, dernier Mohican d'idées pré-conçues sur la valeur absolue des principes juridiques, histoire de ne pas enlever à quelques vieux amis l'occasion de s'y donner rendez-vous, d'échanger des réminiscences et de revivre un peu les heures joyeuses d'autrefois? Ce rôle purement récréatif d'une assemblée générale ne saurait présenter un intérêt «social» (c'est-à-dire en fonction du but) justifiant la nécessité et les frais énormes d'une assemblée générale dans une coopérative d'assurance comptant des milliers de membres.

---

9) Hauriou, Droit administratif, p. 50.

10) V. von Steiger F., Entlastungsbeschluss (dans: SchwAG), p. 169 : «So ist allgemein anerkannt, dass auch der einzige Aktionär eine Generalversammlung rechtsverbindlich abhalten kann.» Miracle de la technique juridique! Nous avons affaire, in concreto, à une véritable fiction, et non à une personne morale réelle. Ne ferait-on pas mieux, en l'occurence, de construire juridiquement la responsabilité limitée du commerçant? V. aussi Vacheron, Abus dans la SA p. 47: «Une Einmanngesellschaft est en réalité une «société» individuelle, où l'organisation sociale n'est plus qu'une farce». L'observation est tout à fait juste.

Une assemblée générale telle que nous venons de la décrire plus haut n'est plus à même de mener à bon port la barque d'une société coopérative d'assurance de très grande envergure. L'administration, dans un conseil de surveillance ou dans tout autre organe de ce genre, remplira bien mieux qu'elle le rôle de surveillance suprême qui lui est normalement dévolu. La cooptation ne fera que favoriser une sélection objective d'administrateurs sérieux et compétents, attachés à la sauvegarde du but social.

Ceci nous amène maintenant à nous rendre compte de l'importance du but social dans la personne morale.

CHAPITRE QUATRIEME

La sauvegarde du but social et la cooptation

§ 1.

Le but social, sa place dans l'organisation de la personne morale

I.

La réalité de la personne morale

La personne morale est un être social et réel dont l'existence juridique a été reconnue par le Droit. Elle est distincte des éléments particuliers qui la composent et qui sont: Une finalité propre qui en a inspiré la création et qui lui insuffle la vie; des hommes, qu'ils aient pris part à sa fondation, qu'ils en forment le sustrat humain actif, qu'ils se voient tout simplement destinées les règles de la personne morale, ou encore qu'ils en expriment la volonté juridique; une capacité patrimoniale, qui lui est innée et indispensable à la réalisation de la finalité institutionnelle, le patrimoine lui-même n'existerait-il qu'en puissance; et enfin, une organisation statutaire viable, oeuvre de ses fondateurs, permettant à la personne morale de naître à la vie juridique, et ordonnant voies et moyens de celle-ci en fonction du but à réaliser.

La personne morale n'est ni un but personifié, ni la personification de la somme de ses membres, ni celle de la volonté de ses fondateurs, encore moins celle de la personne de ses destinataires, voire de ses administrateurs [1]). Elle n'est pas non plus un patrimoine

---

1) V. la théorie très intéressante de Hölder E., Natürliche und juristische Personen. Pour lui, la personne juridique n'est qu'un rapport juridique, un «Rechtsverhältnis» qui est lui-même «teils ein Amtsverhältnis, teils ein Gemeinschaftsverhältnis» (p. 340/1). La personnalité juridique se ramène chez lui au revêtement juridique d'un rapport de représentation «officiel» ou «privé», selon le caractère de corporation ou de fondation, la représentation étant plus «fonctionnelle» dans la fondation (p. 241). «Dass durch die Existenz einer Stiftung keine anderen als amtliche Rechte und Pflichten existieren, kann nicht bestreiten, wer als wirkliche Subjekte solcher nur Menschen kennt». Niant l'existence réelle de la personne morale, cet auteur en vient en sorte à identifier les administrateurs à la personne juridique. — V. aussi: Hölder E., Das Problem der jur. Pers. (dans Iherings Jahrbücher), p. 75, quant à certaine différence entre corporation et établissement.

d'affectation auquel le Droit a conféré la personnalité juridique. La personne morale est plus que tout cela, puisqu'elle comprend tous les éléments que nous venons de citer. Les biens qu'acquerra la personne morale au cours de son existence ne seront pas ceux des associés, encore moins ceux des destinataires, ils appartiendront à la corporation ou à la fondation elle- même, comme telle. La personne morale est donc un organisme réel, social et humain, destiné à réaliser par ses propres moyens un but qui lui est assigné dans sa charte statutaire. Ces quelques explications nous laissent déjà pressentir l'importance de la finalité institutionnelle et de l'Idée directrice dans toute personne morale.

II.

Le but de l'Institution

L'institution, c'est «une idée qui fait boule de neige», disait Renard [2]). C'est dire l'influence déterminante sinon exclusive de cet élément idéal, le but, sur la personne morale toute entière. Ce sont les idées qui rassemblent autour d'elles les volontés qui s'unissent en personnes morales pour les réaliser, ce sont aussi elles qui poussent les organes de l'Etat à la réalisation de la justice [3]), mais c'est également dans la réalisation de ces idées, instigatrices de personnes morales, que ces êtres sociaux trouvent la limite de leur activité.

Le but est donc la mesure de toute chose dans l'être «moral». Chaque personne juridique est conditionnée par le sien. Sa vie, sa constitution et toute son activité sont orientées et organisées en fonction de sa réalisation [4]). Les buts innombrables de personnes morales de toutes sortes créent des domaines d'activité extrêmement variés [5]), mais l'individu encadré dans une institution n'est soumis à cette dernière que dans la mesure exigée par la réalisation du but commun [6]). Ces réalités et individualités sociales si diverses qui se créent ainsi à l'intérieur d'un Etat sont en principe autonomes et libres de poser les règles d'organisation les mieux adaptées à la nature et à l'importance de l'institution. Une seule règle impérative s'impose, en principe, à ce droit de libre disposition de la personne morale : celle de sauvegarder le but social licite par une organisation viable permettant sa pleine réalisation. Reste naturellement réservée une réglementation plus détaillée de la loi positive du pays où elle voit le

---

2) Renard, La théorie de l'institution, p. 256. V. aussi Saleilles, De la personnalité juridique, p. 429: «Le but est, en toute matière dans le domaine du droit, l'élément capital».
3) Huber E., Recht und Rechtsverwirklichung, p. 269, 281.
4) Vogel, Genossenschaft als Rechtsform f. Bankunternehmen, p. 16.
5) Gierke, Gen. Th., p. 717.
6) Eiser E., Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, p. 64.

jour, réglementation qui, selon les temps et les lieux, prendra une forme plus libre ou plus stricte.

III.

Le membre de la personne morale

La personne morale se révèle donc comme une finalité organisée, pénétrée d'éléments réels et palpables dont l'ensemble, combiné de n'importe quelle façon, constitue un être juridique à part qui agit, sur le terrain du Droit, exactement comme agirait une personne physique à sa place. La personne morale évitera de répartir arbitrairement les compétences de ses organes. Elle attribuera ces compétences à des organes capables d'en assumer la charge et de remplir pleinement leur rôle en conformité du but social.

L'individu incorporé dans une institution jouera un rôle plus ou moins actif dans la vie institutionnelle. Sa position dans la personne morale sera toujours en fonction du but poursuivi par elle. Il pourra être appelé à concourir efficacement à la formation de la volonté de la personne morale, comme son rôle pourra se borner à se voir destinées les règles de la corporation ou de la fondation. L'organisation statutaire ne lui assignera pas forcément des droits actifs au sein de la personne morale. Le droit du membre n'est qu'un pouvoir mis à son service dans l'intérêt social. C'est l'unité de but qui crée l'unité de volonté [7]), mais la volonté directrice n'est pas l'acte de volition individuel de chaque membre, c'est ce qu'il «est censé vouloir pour se conformer au but collectif» [8]). Comme le dit si bien Saleilles, «le but est la vie interne, l'âme cachée, mais génératrice de tous les droits.» [9])

De même l'élément patrimonial variera-t-il d'une personne morale à l'autre, selon que l'effort personnel des membres sera plus grand ou moindre, sinon inexistant, comme ce sera en principe le cas dans la fondation. Ce sera toujours le but social qui déterminera l'importance de l'un ou de l'autre de ces éléments de la personne morale.

---

7) Saleilles, De la personnalité juridique, p. 591.

8) Saleilles, loc. cit., ibid.; et l'auteur trouve l'image suivante pour illustrer son exposé: «. . . cette volonté collective, tout en ayant sa base subjective dans les volontés individuelles des associés, devient ainsi quelque chose d'absolument distinct de toutes les volontés particulières, quelque chose d'aussi distinct que le serait un ensemble vocal par rapport à chaque émission de voix particulière.»

9) Saleilles, loc. cit., p. 500 — V. aussi à ce propos Gutzwiller, Die Gen. im Spiegel, p. 7 (dans : Festgabe, p. 217), où il cite un arrêt du TF: (RO 69, II, 41 ss.) «Eine Genossenschaft muss ihren Personenstand nicht nur so auswählen, sondern auch so organisieren können, wie es ihrem Zwecke dient. Denn der Zweck bildet für sie, wie für jede Körperschaft, den Kern der Persönlichkeit...»

§ 2.

La cooptation, principe d'organisation de la personne morale

I.

Principes d'organisation de la personne morale

La personne humaine est, par définition, un animal raisonnable, un être doué de raison et de volonté. La volonté juridique de la personne physique peut s'exercer dans des buts très divers, mais le jeu organique et interne de cette volonté ne présente qu'un intérêt psychologique. La personne morale, au contraire, est une unité humaine construite. Sa volonté propre, dirigée vers la réalisation du but social, est le fruit d'une organisation interne de la personne morale. Elle présente un intérêt juridique.

La personne morale exige donc, dans le cadre de son but statutaire, une organisation viable. C'est dire que cette dernière déterminera exactement la constitution, le rôle et la compétence des organes de la personne morale, de façon à ce que ces derniers expriment et exécutent la volonté de l'être social la plus conforme à sa finalité. A cet effet, l'application d'un certain nombre de principes constitutionnels s'impose.

Il faut pourtant se méfier en voulant tranposer des règles d'organisation qui ont fait leur preuve sur le plan politique de l'Etat dans le domaine des personnes morales de droit privé. C'est ainsi que l'on n'insistera pas trop, dans la charte constitutionnelle d'une corporation privée, sur l'importance de la séparation des pouvoirs, de même que l'on n'estimera pas l'organisation démocratique indispensable, urbi et orbi, à la réalisation de la finalité institutionnelle.

Deux principes s'affrontent, essentiellement, lorsqu'il s'agit de déterminer l'organe de nomination de l'administration d'une personne morale : chacun a, en principe, la même aptitude à servir le but social. Le tout, c'est de faire un choix judicieux pour chaque personne morale et de lui trouver celui qui lui convient le mieux. Le premier, le principe majoritaire, d'inspiration démocratique, jouit en général de la plus grande faveur. C'est en vertu de ce principe que l'élection des membres de l'administration se fait par un organe différent de celle-ci, aux membres beaucoup plus nombreux, et à la majorité des membres votants. Le second de ces principes d'organisation, beaucoup moins populaire que le premier, est celui de la cooptation. L'introduction de ce principe dans la charte constitutionnelle de la personne morale entraîne un déplacement de compétence en vertu duquel l'organe de nomination des membres de l'administration s'identifie avec l'administration elle-même. Ce principe, à l'al-

iure évidemment plus dictatoriale que le premier, s'impose cependant, lorsque le principe majoritaire ne présente pas de garanties assez sérieuses pour assurer à l'administration des éléments capables, à la hauteur de leur tâche et conscients de la finalité institutionnelle dont ils ne sont que les serviteurs.

La personne morale jouissant en principe d'une autonomie complète dans les limites de la loi peut, iure proprio, aménager à sa guise voies et moyens en fonction de son but social dans sa charte constitutionnelle. Rien ne l'empêche, pourvu que le droit positif n'y mette obstacle, lorsqu'elle le juge bon, de substituer à un principe majoritaire inefficace la cooptation. L'administration, dans une très grande société, est souvent beaucoup mieux à même de juger de l'idonéité d'un candidat qu'une assemblée générale dont les effectifs mouvants et aveugles nuiraient plus qu'ils ne serviraient le but social dans une décision collective.

II.

Arguments en faveur de la cooptation

Un voile de suspicion, voire même d'opprobre, plane très souvent sur les membres d'une administration se recrutant par cooptation. Tâchons de le dissiper par quelques considérations que nous suggère cette singulière attitude.

1) L'administration nous semble avoir droit à jouir de la confiance des membres de la personne morale comme des tiers, et cela à un double titre: Une fois, par la compétence technique de ses membres qui les a fait élire comme les premiers membres de l'administration de la personne morale; secondement, puisque l'organe compétent pour réviser les statuts, l'assemblée générale, les a jugés dignes de procéder au recrutement par cooptation. Ogrin déjà précisait que l'organisation dite démocratique de la personne morale ne se dirigeait pas contre l'admission d'un principe aristocratique, mais contre celle d'un principe ploutocratique et capitaliste au sein de la personne morale (coopérative) [10]). Et nous ne pouvons qu'approuver Stuart Mill, lorsqu'il écrit : «L'idéal de la démocratie, c'est que le peuple soit le maître, mais en employant des serviteurs plus capables que lui.» [11]) Ce qu'il importe de sauvegarder surtout, dans

---

10) Ogrin, Rechtliche Struktur der Gen., p. 111. Cet auteur dit aussi: «Auf die Schattenseiten der Mehrheitsbeschlüsse weist auch Wygodzinski hin, wo er über die Wahl des Vorstandes durch die Generalversammlung spricht. . . In Genossenschaften mit grösserer Mitgliederzahl kann es wohl vorkommen, dass bei der Wahl durch die Generalversammlung andere Motive als die beste Eignung den Ausschlag geben.»

11) Cité dans : Gide, Les sociétés coopératives de consommation, p. 206.

toute personne morale, c'est une réalisation objective du but social ; peu importe la participation plus ou moins active du membre individuel à la formation de la volonté sociale. [12]) Seule une administration possédant de hautes qualités morales et professionnelles est capable d'y pourvoir dans une très grande société coopérative. Nombre d'auteurs ont souligné le rôle unique joué dans une personne morale par une administration à la hauteur de sa tâche [13]), pourquoi alors ne pas accorder à celle-ci une confiance qu'elle mérite certainement dans la plupart des cas, celle de se renouveler elle-même par voie de cooptation dans un conseil de surveillance ou dans tout autre organe de l'administration, s'il en existe plusieurs, pour le plus grand bien de la finalité institutionnelle?

2) Des raisons d'ordre plus juridique renforcent encore notre point de vue:

a) L'article 3, al. 1 du CCS énonce le principe tout à fait général que la bonne foi est présumée par la loi. Pourquoi ne pas appliquer ce principe, in concreto, aux administrateurs de la personne morale? Pourquoi ne pas présumer que, même en se recrutant par cooptation, les organes de l'administration remplissent consciencieusement leur tâche dans le cadre de la finalité institutionnelle? Nous y voyons d'autant moins d'objections que cette présomption n'a rien d'irréfragable: Le membre de la coopérative est toujours libre d'attaquer une décision sociale qu'il juge contraire à la loi ou aux statuts (art. 891 CO) [14]).

b) D'autre part, en cas d'irrégularités commises par les membres de l'administration, subsistera encore toujours leur responsabilité

---

12) Cette idée est très bien exprimée par Stadler, Subsidiaritätsprinzip, p. 39: «Von der leitenden Autorität wird nur verlangt, dass sie objektiv dem Wesen und Ziel der Gemeinschaft entspreche, nicht aber, dass sie subjektiv von den einzelnen Gliedern ausgehen ». . . Man kann auch sagen, dass sie subjektiv von der Gemeinschaft als solcher, nicht aber von den Gemeinschaftsgliedern ausgehen müsse. . .»

13) V. Schumacher H., Innere Organisation der AG, p. 77; Oswald v. Nell-Breuning, Aktienreform, p. 31/2; Nord, Grundlinien, p. 16; Wolfer H., Die Genossenschaftsverwaltung, p. 49: « . . . im Hinblick darauf, dass mit zunehmender Grösse eines genossenschaftlichen Unternehmens zwangsläufig die entscheidende Führung der Geschäfte in den Händen permanenter Fachinstanzen liegt und die Verwaltung als Vetrauensbehörde der Genossenschafter auf die Funktionen eines Aufsichtsorganes beschränkt ist.» V. aussi Kummer M., Die Gleichbehandlung der Genossenschafter, p. 65, où il dit: «. . . vermag doch den Interessen der Genossenschaft nur eine fähige, den zu lösenden Aufgaben gewachsene Besetzung der leitenden Organe zu genügen.»

14) Cet article ne parle que des décisions de l'AG comme étant susceptibles d'être attaquées par le coopérateur. Nous sommes pourtant presque obligés d'admettre que ce droit subsiste, pour le coopérateur, également contre les décisions de l'administration. Nous reviendrons sur la question. V. ci-dessous, chap. IX, § 2, III.

légale (art. 916 ss). Et l'art. 920 CO de préciser: «Dans les sociétés de crédit et les sociétés d'assurance concessionnaires, la responsabilité est soumise aux règles adoptées pour la société anonyme.»

Ainsi la cooptation ne nous apparaît-elle, en somme, que comme mode de nomination des membres de l'administration assorti au but d'une très grande coopérative d'assurance.

III.

L'administration de la personne morale

Il y a lieu de bien se rendre compte, à cette place, de ce qu'est et de ce que peut être l'administration de la personne morale.

Généralement nous appelons «administration» l'organe auquel ressort l'activité juridique externe de la personne morale, celui qui entre en relations directes avec les tiers. La personne morale ne saurait exercer ses droits sans lui: d'où son caractère nécessaire [15]). L'administration, dans un sens étroit, est en principe organe d'exécution et se conforme aux décisions prises par l'assemblée générale. Ceci se vérifie surtout dans les petites et moyennes entreprises coopératives. Là, l'administration est souvent unique et ne se compose que d'un comité (Vorstand).

Dans une très grande société l'administration a nécessairement des pouvoirs et des attributions plus étendus, ressortissant assez facilement à la «législation» interne de la personne morale. Il s'opère ainsi presque naturellement au sein d'une telle administration une division du travail et une véritable séparation de pouvoirs selon un règlement interne, établi par elle-même dans les limites de la loi et des statuts. L'administration ainsi élargie prendra une importance plus grande dans la vie de la personne morale et comprendra non seulement un conseil d'administration, un comité d'administration, et éventuellement encore des directeurs généraux [16]), mais aussi tout autre organe qui ne sera ni assemblée générale, ni assemblée de délégués, ni organe de contrôle, et qui aura trouvé une place, fût-elle «formelle», dans le règlement de l'administration. Ainsi un conseil de surveillance, fût-il investi de fonctions législatives, c'est-à-dire doté de pouvoirs appartenant normalement à une assemblée générale, sera-t-il toujours considéré comme un organe de l'administration.

Nous remarquerons qu'une telle décentralisation dans l'administration peut très aisément conduire à créer un organe dit administratif qui ait, par ailleurs, les mêmes compétences matérielles et «légis-

---

15) Landolt E., Beiträge, p. 48.

16) Aux yeux de la société, les directeurs n'auront très souvent que la qualité de salariés.

latives» qu'une assemblée de délégués, assez restreinte il est vrai [17]). Ces quelques constatations nous amènent à dire ceci :

Il n'existe aucune raison pour refuser le droit de cooptation à un organe administratif de la personne morale, alors que l'article 892 al. 2 accorde ce droit, sans autre, à une assemblée de délégués dont la vraie nature et les compétences matérielles ne se différencient pas sensiblement de celles de cet organe administratif.

En résumé, nous pouvons conclure d'une manière tout à fait générale :

Le principe de la cooptation se justifie tout naturellement en partant de l'autonomie de la personne morale qui consiste, selon nous, pour cette dernière à se guider soi-même dans sa vie sociale, sans perdre de vue le but qui lui a donné son impulsion initiale. Le mode de désignation d'un organe de la personne morale est une règle d'organisation fixée dans les statuts. L'organe compétent pour réviser ces derniers pourra aussi, normalement, changer toute règle ayant son siège dans la charte fondamentale de la personne morale. La cooptation, nous l'avons vu, n'est donc qu'un moyen dont se sert la personne morale pour adapter de la façon la plus adéquate son organisation au but qu'elle poursuit [18]).

CHAPITRE CINQUIEME

Le statut du membre et la Cooptation

Il s'agit maintenant de considérer l'homme dans l'institution, sa position dans la personne morale en général, et les droits dont il est susceptible d'y être revêtu. Nous examinerons ensuite la situation particulière du coopérateur incorporé dans un grand établissement d'assurance. Ce chapitre illustrera la nature du lien social reliant le coopérateur à son institution et l'intérêt restreint que présenterait pour lui comme pour la personne morale le droit d'élire les membres

---

17) Ainsi ne voyons-nous guère de différence, sinon de termes, entre l'assemblée de délégués de la Patria (art. 11 ss des statuts) et le conseil de surveillance de la Rentenanstalt (art. 15 ss des statuts). — Schindler, Zuständigkeitsabgrenzung, p. 1, relève (pour les SA) les divergences qui peuvent se produire entre AG et conseil de surveillance, mais souligne qu'il est très fréquent de confier l'élection des administrateurs à ce conseil de surveillance. En Suisse évidemment, il ne peut être question d'introduire la cooptation dans les SA. — Et Ogrin, Rechtliche Struktur der Gen., p. 114, de définir le conseil de surveillance dans la coopérative «eine verkürzte Generalsammlung.»

18) Restent, évidemment, toujours réservées des dispositions impératives de la loi, venant restreindre l'autonomie de la personne morale comme elles limitent aussi souvent celle de la personne physique.

de l'administration. Ce droit n'est que l'exercice d'une fonction accordée au membre eu égard aux exigences du but social.

Nous verrons au chapitre suivant que cette fonction du membre n'est même pas nécessaire et qu'elle ne fonde en aucun cas un droit acquis inaliénable du membre d'une grande coopérative d'assurance à nommer l'administration.

§ 1.

L'incorporation de la personne dans l'institution

I.

L'homme, être institutionnel

L'homme n'est pas simplement un individu, jouissant d'une autonomie complète et absolue, agissant à sa guise, en pleine liberté et sans autre arbitre que sa conscience, il est en même temps un être institutionnel et lié, par le fait même, à des règles que lui impose le milieu où il exerce son activité. Des communautés l'entourent, dont il fait partie naturellement (famille, société politique, Etat) [1] ; en est d'autres qu'il fonde avec ses semblables, les personnes morales de droit privé. L'acte uni- ou multilatéral de fondation se concrétise dans les statuts ou dans l'acte de fondation proprement dit. Ceux-ci consacrent l'existence de la personne morale et en fixent d'une manière définitive les éléments et leur position réciproque. Ils sont la loi intérieure et la norme suprême de l'institution. [2])

---

1) Songeons à Aristote, Politique, Livre 1, chapitre 2 :
"ανθρωπος φυσει πολιτικον ζωον"

2) L'acte de fondation a un double effet novatoire :
a) La loi de la société étant définitivement fixée, un projet devient statuts et loi.
b) A la personne et à l'individualité propre des fondateurs se substitue un sujet unique, la personne morale, être social réel auquel se rapporteront les statuts qui formeront sa «constitution».
L'acte de fondation de la corporation est en principe nettement imprégné d'éléments contractuels. Mais l'activité «contractuelle» à laquelle se livrent les volontés individuelles des fondateurs tend à aboutir à l'acte de fondation de l'être social. Bien que jugée contractuelle sur le terrain du droit positif (Komm. z. ZGB: V. 5. a. p. 251-Siegwart; Gierke, Gen. Th., p. 128), elle implique également du droit corporatif en puissance, puisque les fondateurs, dans l'assemblée constitutive, se soumettent déjà en partie aux formalités «statutaires» (v. art. 634 II CO dans le droit des SA). L'acte de fondation auquel procèdent conjointement les souscripteurs à l'assemblée constitutive d'une SA constitue un contrat sui generis de fondation, oeuvre des premiers membres et fondateurs de la personne morale. Gierke, Gen. Th., p. 130, parle de «pacta de constituendo».

II.

Le statut du membre

Tout être compris dans le substratum humain d'une personne morale subit le phénomène de l'incorporation. Cela signifie que la personnalité humaine incorporée dans une institution jouit d'un statut propre en fonction de la finalité institutionnelle. Le statut est donc la position que nous occupons dans de multiples institutions eu égard au but poursuivi par elles. [3])

Ce statut de la personne engagée dans une communauté de but (Zweck-Verband ou Zweck-Gemeinschaft) ne comprend que la fraction de la personnalité du membre engagée dans le lien collectif. Mais dans la mesure où la personne morale absorbe le membre dans la poursuite du but social, nous pouvons dire que le membre est entièrement soumis à sa loi et que tout son statut, actif ou passif, résulte de la charte constitutionnelle de la personne morale. Restent évidemment toujours réservées des dispositions impératives de la loi positive. Suivant le but poursuivi par la personne morale, l'incorporation du membre sera plus ou moins forte, ses droits et devoirs sociaux seront plus ou moins nombreux. Une incorporation très faible du membre dans l'institution n'exigera pas, par exemple, une participation sociale très active ni même personnelle de la part du membre d'une corporation. Sa situation se rapprochera alors beaucoup de celle d'un destinataire d'une fondation.

La qualité de membre n'est donc pas un droit en soi, mais un statut, une situation juridique dont jouit un individu en vertu de son incorporation dans une personne morale. Elle est le rapport juridique de base sur lequel vont se greffer tous les droits et toutes les obligations sociales du membre [4]). En principe, elle est incessible

---

3) Jellinek, G., System der subj. öff. Rechte, p. 83/4, parlant du statut de la personnalité, du Status, dit: «Ein Recht hat man, Persönlichkeit ist man. Das Recht hat ein Haben, die Person ein Sein zum Inhalt.» V. aussi ibid., p. 86, 88. V. également: Michoud, Théorie de la personnalité morale (II), p. 6; Renard. Théorie de l'institution, p. 351. Ibid., p. 249, cet auteur dit: «. . . plus l'intimité est pénétrante, plus le pouvoir est en droit d'entreprendre; la règle institutionnelle ne peut pas ne pas refléter les nuances de cette intimité et de ce pouvoir.»

4) Gysin, Ergebnisse, p. 362: «. . . (die Mitgliedschaft). Sie ist eine privatrechtliche Gliedstellung des Einzelnen in der personalen Wirtschaftskorporation.» Riesenfeld, Gemischte Rechtsverhältnisse, p. 12-14: «Die Mitgliedschaft als solche ist das Grundverhältnis, welches die einheitliche gemeinsame Quelle aller dieser Einzelberechtigungen ist.» Et Landolt, Beiträge, p. 49: «. . . Unerlässlich ist das Recht auf Anerkennung als Mitglied. Alle anderen üblichen Rechte können statutenmässig den Mitgliedern oder einzelnen Kategorien von ihnen verschlossen sein. Insbesondere besteht kein mit dem Begriff Mitglied unzertrennbares Recht darauf, an der Bildung des Vereinswillens teilzunehmen.»

et personnelle, mais non éminemment personnelle. [5]) Selon le type de personne morale envisagé, la transmissibilité de la qualité de membre de la corporation sera plus ou moins aisée. Elle le sera moins dans une société à forte structure « personnaliste ». [6]) De toute façon, elle s'acquiert et se perd par un acte unilatéral, exprès ou tacite, mais en tous cas statutaire, de la personne morale elle-même. [7])

III.

Les droits du membre

Il faut bien distinguer de l'appartenance pure et simple à une corporation ou à une fondation les devoirs et surtout les droits particuliers qui en découlent. Nous pourrions esquisser brièvement et de la manière suivante les divers droits dont pourra se voir revêtu le membre de toute personne morale:

1) *Les droits sociaux* proprement dits : Ce sont les droits découlant directement de la qualité de membre du groupe et qui lui sont accordés par les statuts en fonction du but social. Ils peuvent donner droit à la qualité d'organe, lorsque la protection des intérêts du membre l'exigent, comme ils peuvent procurer des avantages d'ordre patrimonial au destinataire des règles sociales. Ainsi l'intérêt de l'actionnaire à toucher une part de bénéfice justifie-t-il un droit de contrôle et de surveillance de sa part, ainsi qu'un droit au dividende.

Dans cette catégorie de droits nous rangerons également ce que la doctrine appelle les droits acquis, notion sur laquelle nous reviendrons dans le prochain chapitre.

2) *Des droits particuliers,* accordés par les statuts à une certaine catégorie de personnes dans le cadre du but social. Ainsi trou-

---

5) Detmers, L'acquisition ipso iure, p. 40: «. . . Néanmoins, selon lui (Gierke), la qualité de membre est en soi non héréditaire et inaliénable et, d'après sa destination, en principe intransmissible.» Gysin, Ergebnisse, p. 375/6: «Richtig geordnete Uebertragbarkeit widerspricht also auch nicht dem personalen Charakter der Mitgliedschaft, sondern ist bloss ein Zeichen, dass dieser keine Höchstpersönlichkeit zukommt, wie man unzutreffend behauptet hat.» V. dans même sens : Vogel, Gen. als Rechtsform f. Bankunternehmen, p. 95.

6) Elle le sera moins dans une coopérative laitière, par exemple, que dans une société par actions, à forte structure capitaliste, où la qualité de membre peut être incorporée dans un papier-valeur.

7) Ce sont les statuts, en effet, qui déterminent les conditions auxquelles la qualité de membre peut être acquise et perdue. La demande d'admission du membre n'est pas une offre contractuelle, elle n'est qu'une requête. L'admission d'un membre est, en principe, prononcée par un organe social, unilatéralement. Dans une société à caractère capitaliste, les statuts peuvent «autoriser» le transfert de la qualité de membre par le transfert pur et simple de l'action, lorsqu'ils en admettent «au porteur».

verons-nous, par exemple, dans les sociétés anonymes la distribution de tantièmes aux administrateurs [8]), l'émission d'actions privilégiées, de bons de jouissance [9]) et de parts de fondateurs [10]). Les personnes favorisées de la sorte ne sont pas nécessairement membres de la société. Ainsi l'article 657 IV CO précise-t-il : « Les bons de jouissance confèrent aux porteurs non pas la qualité d'actionnaires mais uniquement le droit à une portion du bénéfice net ou à une part de liquidation, ou un droit préférentiel de souscription en cas d'émissions futures ». Et l'alinéa III du même article réunit du même coup les porteurs de bons de jouissance, qui sont au fond de simples créanciers de la société, en une communauté soumise aux règles de la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations [11]).

3) *Des droits qua tertius,* c'est-à-dire résultant de rapports que la société peut avoir avec ses membres dans les mêmes conditions qu'avec un tiers. Ils intéressent la fraction de la personnalité du membre qui n'est pas engagée dans le lien collectif. Ils sont extra-institutionnels.

4) Des droits résultant de ce que la doctrine allemande appelle une « *Verquickung* » du droit social et du droit individuel. Ainsi le membre d'une coopérative de crédit utilisera-t-il l'institution dont il fait partie par simple voie contractuelle [12]). De même le membre d'une coopérative d'assurance « contractera »-t-il une assurance avec sa société. Mais ces termes erronés ne doivent pas nous troubler sur la véritable nature de ces droits, en réalité, ils reposent sur une base corporative et constituent donc des droits et des devoirs sociaux à ranger sous 1). Le contrat conclu dans ces conditions entre la société et son membre n'est que l'exécution d'un droit et d'un devoir social. [13])

---

8) V. 627, I, 2° CO, et 677.

9) V. 627, I. 9° CO, et 654 ss, 657 ss.

10) Elles sont souvent accordées en raison d'un gros effort d'ordre financier fourni par les fondateurs.

11) V. 657, III, et 1157 ss CO, modif. par la LF du 1er avril 1949, modifiant les dispositions du code des obligations sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations.

12) Vogel, Gen. als Rechtsform f. Bankunternehmen, p. 55: «Es gibt viele Bankgenossenschaften, bei denen die Mitgliedschaft mit der Eigenschaft als Spareinleger verbunden ist, aber bei den meisten bedingen die beiden Eigenschaften einander gegenseitig, die eine kann ohne die andere nicht bestehen, sie beginnen und endigen gleichzeitig und uno actu.»

13) Il est aussi souvent, simultanément, la condition de l'acquisition et de la perte de la qualité de membre et l'activité sociale essentielle du membre. — V. aussi développements intéressants dans Riesenfeld, Gemischte Rechtsverhältnisse, p. 19-20, 23, 38-9, 42-3, 46, 70, 75 ss.

IV.

La technique juridique et la réalité qu'elle encadre

Le chemin du contractuel à l'institutionnel est vite franchi, et ceci malgré la différence qui oppose, en principe, le contrat à l'idée d'incorporation dans une personne morale. L'obligation contractuelle naît pour mourir, tend vers son exécution.[14]) Une notion aussi conditionnée par le temps ne s'adapte pas, en général, aux statuts d'un sujet de droit imprégné de durée, dont la nature est, en soi, la pérennité. C'est la notion de main commune, gesamte Hand, qui forme le chaînon qui relie le contrat à l'institution.

L'usage de termes et de concepts juridiques nous oblige très souvent à ranger telle ou telle réalité sociale dans telle ou telle catégorie. La technique juridique est un mal nécessaire, puisqu'elle exige des formes juridiques déterminées capables d'encadrer le réel. Mainte construction juridique dite contractuelle mériterait d'être reconnue comme personne morale, alors qu'on devrait refuser cette reconnaissance à des pseudo-personnes, morales ne comptant que deux ou trois membres, voire même un seul, et qui ne constituent, à vrai dire, plus une personne morale, être social, mais de simples relations contractuelles, servant tout au plus à limiter la responsabilité personnelle des contractants vis-à-vis des tiers.

Le contrat, lorsqu'il conditionne l'incorporation d'un individu dans une personne morale et lorsqu'il en consiste l'activité sociale essentielle sinon exclusive au sein de l'institution, mérite une attention tout à fait particulière. Nous allons la lui vouer au paragraphe suivant en examinant de plus près le statut du membre d'une grande coopérative d'assurance. Cet examen nous révèlera le caractère extrêmement mouvant et flou du substrat humain dans ce genre de société ; il nous décèlera l'absence quasi-complète d'un intérêt corporatif proprement dit de la part du membre. Il justifiera par là-même l'introduction de la cooptation dans pareille institution.

§ 2.

Le statut du membre dans une grande coopérative d'assurance

I.

Le contrat d'assurance comme lien social

Posons tout d'abord la question : Quelle est la nature juridique du rapport d'assurance liant le membre assuré à son institution ?

---

14) L'intuitus personae joue un rôle éminent dans tout système contractuel, la personne morale ne prend l'individu en considération qu'en fonction de son but propre. Le «contrat» d'adhésion n'est pas un contrat, il n'est qu'une requête suivie de l'admission unilatérale du membre par la société.

Est-elle purement contractuelle, ou bien est-elle sociale ? Des deux complexes de normes en présence, droit de la corporation et droit des assurances, l'un des deux est-il absorbé par l'autre, ou bien les deux sont-ils strictement indépendants l'un de l'autre ? L'un peut-il avoir une influence sur l'autre ?

Nous n'avons pas à faire ici la critique de toutes les théories émises à ce sujet. D'ailleurs elle a déjà été faite [15]). Contentons-nous de dire notre propre opinion, à la lueur des principes énoncés au paragraphe précédent, sur les rapports existant entre la charte constitutionnelle de la personne morale et le contrat d'assurance conclu par cette dernière avec son membre.

Nous n'hésitons pas à qualifier le rapport d'assurance existant au sein d'une coopérative d'assurance entre cette dernière et ses membres de corporatif, en ce sens que nous le considérons comme une émanation des statuts de la personne morale. La base du rapport d'assurance reposera donc toujours dans les statuts de la corporation. De même que ce sont eux qui déterminent les éléments essentiels de la personne morale et leur place réciproque dans l'organisme social, ce sont eux aussi qui fixent et précisent les règles présidant à l'admission et à la sortie de ses membres — peu importe qu'elles soient liées au fait de passer un contrat ou non. Et, du fait que les statuts corporatifs prennent en considération une institution contractuelle dans l'aménagement des voies et moyens de réaliser la finalité sociale, ils englobent dans les règles de la corporation celles qui sont contenues dans la LCA et les font leur. La LCA ne fait donc, in concreto, que régler dans des dispositions spéciales les rapports essentiels entre la corporation et ses membres [16]). La LCA régit donc, dans le cadre statutaire, les droits et devoirs d'ordre patrimonial du membre de la coopérative d'assurance. Ces droits, malgré leur structure individuelle et leur analogie avec des droits de créance ordinaires, n'en sont pas moins des droits sociaux, accordés au membre

15) Ehret, Das besondere Mitgliedschaftsverhältnis in Vers.-Gen. V. par ex. le développement de ses opinions et de celle des autres auteurs: p. 11, 15, 28-9, 52-3, 54-5, 98 ss. D'après Gierke, J. v., Versicherungsvereine a. G., p. 41: «Eigenartig ist die Verbindung von Mitgliedschaft und Versicherungsverhältnis, die sich beide beeinflussen. Die Verbindung ist so stark, dass ein eigenartiges, einheitliches Rechtsverhältnis anzunehmen ist, das besonderen Rechtssätzen unterliegt.»

16) Ehret, Das besondere Mitgliedschaftsverhältnis in Vers.-Gen., p. 32: «Um den Genossenschaftszweck zu erreichen. . ., werden in die Mitgliedschaft auch Elemente einbezogen, die dem Individualrecht anzugehören pflegen.» Et, p. 34: «Vom genossenschaftlichen Standpunkt aus gesehen, stellt das VVG nichts anderes dar als eine Sonderordnung der wichtigsten mitgliedschaftlichen Bestimmungen.»

dans le cadre du but statutaire.[17]) La qualité de membre implique, en principe, celle d'assuré. Le statut du membre de la coopérative d'assurance, c'est-à-dire la position corporative du membre, comprendra donc soit des droits et devoirs d'ordre patrimonial soumis à la LCA, soit des droits et devoirs corporatifs purs. Ces derniers comportent, en principe, une participation active des membres de la personne morale à la réalisation du but social dans un organe statutaire et démocratique. En réalité, et surtout dans une très grande coopérative d'assurance, ces droits du membre présentent un intérêt médiocre. Le lien social qui rattache le plus les membres à l'entreprise coopérative, c'est le lien d'assurance. La société reste mutuelle, mais les droits actifs à la qualité d'organe de ses membres se voient réduits à un strict minimum. Ainsi ces derniers se verront-ils privés du droit d'élire les membres de l'administration, lorsque la coopérative dont ils font partie adoptera dans ses statuts intégralement ou partiellement l'article 893 I CO. Ils deviendront pour ainsi dire de simples membres «passifs». Mais sera-ce là un mal et un dommage pour la société et pour le sociétaire ? Nous le nions absolument, vu la faible intensité de l'incorporation du membre qui, pratiquement, est engagé dans l'institution par le seul lien d'assurance.

II.

Primauté pratique du lien d'assurance

L'importance et la primauté pratique du lien d'assurance sur tout autre lien social, dans une grande coopérative d'assurance, ressortira encore plus clairement, si nous examinons de plus près l'acquisition et la perte de la qualité de membre dans une telle institution, ainsi que quelques aspects particuliers résultant du statut spécial du membre assuré.

---

17) Ehret, loc. cit., p. 36 : «Die Wertrechte haben einen ähnlichen Inhalt wie die Vermögensrechte des Individualrechtes ; sie dürfen aber niemals als Ausfluss eines wirklichen Schuldverhältnisses angesehen werden, sondern auch sie wurzeln in der Mitgliedschaft..» V. aussi p. 48, P. 50, cet auteur dit : « Eine Trennung des Statutes in zwei Bestandteile, in organisatorische Bestimmungen und in die Versicherungsbedingungen, wird bei grossen Versicherungsgenossenschaften zweckmässig sein.» Nous n'en disconvenons pas, mais il reste que les conditions générales, même séparées des statuts, tirent en quelque sorte leur sève corporative des statuts. — V. tout à fait dans notre sens: Riesenfeld, Gemischte Rechtsverhältnisse, p. 99 : « Das Versicherungsverhältnis beim Gegenseitigkeitsverein ist organischer Bestandteil der Mitgliedschaft.» V. aussi p. 115-16, p. 127-28: «Das Körperschaftsrecht ist der regierende Normenkreis. Das Individualvertragsrecht kommt nur insoweit zur Anwendung, als es mit ihm nicht in Widerspruch steht.» V. aussi la prévalence du droit social, ibid., p. 155.

1) *Acquisition et perte du sociétariat.*

Nous avons vu qu'en principe le lien d'assurance est un lien social émanant des statuts corporatifs [18]). Les conditions générales d'assurance font donc partie intégrante des statuts, même si elles jouissent d'une indépendance relativement grande dans le cadre statutaire, même si elles en sont formellement séparées [19]). Il reste cependant qu'en fait la qualité de sociétaire et l'assurance sont généralement combinées d'une façon si intime qu'elles naissent et prennent fin simultanément [20]). Les rapports qui en découlent sont statutairement contractuels.

Rien n'empêche, naturellement, de trouver dans une entreprise coopérative d'assurance des membres n'ayant pas la qualité d'assurés ainsi que des assurés non-sociétaires [21]). Les premiers seront de préférence des fondateurs et des bienfaiteurs qui entendent favoriser l'essor de la société coopérative à ses débuts, mais qui n'entendent nullement profiter eux-mêmes de l'institution qu'ils épaulent très souvent financièrement [22]). Les seconds, les personnes assurées n'ayant pas acquis la qualité de membre ou l'ayant perdue[23]), ne sont liés à la société que par un lien purement contractuel. La LCA s'applique sans autre à eux, en tant que telle.

Mais notre intérêt ne porte, en somme, que sur le statut du membre adhérant à une entreprise coopérative d'assurance déjà formée et présentant déjà une certaine importance (l'article 893 I CO dit : «. . . de plus de mille membres. . .»). Et là, quelles sont nos constatations ?

Indubitablement, le lien qui rattache le sociétaire à la société et le preneur d'assurance à la compagnie d'assurance est le même :

---

18) Ehret, Das besondere Mitgliedschaftsverhältnis in Vers.-Gen., p. 48: «So wird z. B. die Pflicht zur Entrichtung der «Prämie» als Beitrag im Sinne des Art. 680, Ziff. 5 OR in den Statuten ihre Regelung erfahren.»

19) Les statuts de «Transports», par ex., ne mentionnent pour ainsi dire pas le lien d'assurance, sinon comme «objet» de la société.

20) Feuille Fédérale, Message du CF, 1928, p. 322.

21) Kummer, Gleichbehandlung der Gen., p. 12, 85: son opinion sur la licéité des «Drittgeschäfte» dans les coopératives.

22) Ehret, Das besondere Mitgliedschaftsverhältnis in Vers.-Gen., p. 43-4: «. . . nichts widerspricht dem Gedanken, dass auch bei der Versicherungsgenossenschaft die Mitgliedschaft zeitweise allein vorkommen könnte.» V. aussi p. 65-6 sur le «Mitgliedschaftserwerb durch Teilnahme an der Gründung.»

23) V. par ex. art. 6, II des statuts de la Rentenanstalt: «La qualité de sociétaire s'éteint au moment où le contrat prend fin ou est transformé en une assurance libérée du service des primes.» V. aussi art. 5 des statuts de «Pax». — Ehret, loc. cit., p. 96, dit aussi : «Bei Lebensversicherungsgenossenschaften kommt z. B. die Bestimmung vor, dass bei der Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie die Mitgliedschaft erlöscht.»

le contrat d'assurance. Le lien d'assurance, bien que social, est soumis aux dispositions de la LCA exactement de la même façon qu'y est soumis tout contrat d'assurance conclu par n'importe quelle société avec des tiers. La loi en dispose ainsi expressis verbis (841 II CO) [24]). Et dans d'autres textes à caractère dispositif ne dit-elle pas que, lorsque la qualité d'associé dépend de la conclusion d'un contrat d'assurance, elle s'acquiert par le fait que l'organe compétent accepte la proposition d'assurance (841 I CO) et s'éteint par la fin du contrat, à moins que les statuts n'en disposent autrement (848 CO) ? Rares sont les entreprises d'assurance coopératives qui n'ont pas repris intégralement toutes ces dispositions légales dans leurs statuts corporatifs [25]), rares sont aussi celles qui ont étendu les prestations statutaires de leurs membres assurés au-delà du paiement normal de la prime d'assurance[26]). De même une grande coopérative d'assurance ne fera-t-elle pas dépendre l'acquisition de la qualité de membre de conditions personnelles de l'assuré, par exemple l'appartenance à un parti politique déterminé.

Pratiquement, nous voyons donc que la situation du sociétaire assuré ne diffère pour ainsi dire pas de celle du simple preneur d'assurance. Tous deux sont soumis, pour ce qui a trait au lien d'assurance, à la LCA. Celle-ci, du fait qu'elle est incorporée dans les statuts, devient du droit statutaire et social, ses dispositions

---

24) Mais il ne faut pas se leurrer, alors, sur la nature juridique de l'adhésion du membre au corps social. La soi-disant «acceptation» émanant de la société et répondant à l'«offre» du futur membre n'est que l'acte social en vertu duquel la société intègre la personne du preneur dans l'être moral. La «proposition» du futur membre n'est, en quelque sorte, qu'une demande d'admission. V. sur la question : l'adhésion du membre, un contrat ? Ehret, Das bes. Mitgliedschaftsverhältnis in Vers.-Gen., p. 24, 44, 62, 69, 74. — Le principe d'égalité des associés, dans une telle institution, ne peut être que relatif: ainsi v. Kummer, Gleichbehandlung, p. 109; Ehret, loc. cit., p. 92 et 93: «Der oft ausgesprochene Grundsatz der Gleichheit aller Genossen kann hier nur den Sinn haben, dass unter den gleichen Voraussetzungen die Rechte verschiedener Genossen dieselben sind.»

25) Ainsi, par ex., dans les statuts suivants: art. 3, Patria; art. 6, Rentenanstalt; art. 3 et 4, Assur. mutuelle vaudoise contre les accidents, art. 6, Coop; art. 7, Emmentalische Mobiliar-Versicher.-Gesellschaft, art. 7 et 12 (p. membres actifs), Mutuelle Chevaline Suisse; art. 4, Mobilière Suisse, la qualité de membre s'acquiert et s'éteint avec la conclusion et la fin (ou la reprise) du contrat d'assurance.

26) Comme, par ex., l'art. 4 des statuts de l'«HELVETIA », qui prévoit que la qualité de sociétaire n'est accordée qu'à la condition expresse que le candidat soit assuré à la Société et propriétaire d'une part sociale. — Ehret, loc. cit., p. 42-3, dit à ce propos: «Es können auch Beiträge im Sinne von Geldleistungen vorkommen, welche mit keinem Zusammenhange mit dem Versicherungsverhältnis stehen. Das ist der Fall, wenn ein Eintrittsgeld verlangt wird oder wenn die Statuten eine Kapitalbeteiligung vorsehen.» V. aussi art. 10, «Mutuelle Chevaline Suisse».

s'appliqueront donc comme tel aux relations auxquelles donnera lieu le lien d'assurance entre la société et son membre assuré. Pratiquement, le statut du membre assuré ne se distinguera donc guère de celui de l'assuré non-sociétaire, malgré une différence théorique indubitable. Ainsi faudra-t-il tâcher de comprendre la terminologie contractuelle de la LCA à la lumière du droit social de la personne morale. Sous cette réserve, nous pourrons dire alors: les conditions de l'acquisition et de la perte de la qualité de membre d'une grande coopérative d'assurance se confondent très souvent avec celles qui font acquérir et perdre celle de preneur d'assurance, l'application des règles de la LCA étant de rigueur pour établir l'un comme l'autre de ces rapports.

2) *Aspects particuliers du statut spécial du membre.*

a) *La transmission du lien d'assurance,* entraînant ipso facto celle de la qualité de membre. Le contrat d'assurance est en soi transmissible et successible. Il y a succession dans le contrat, lorsque les droits et obligations en découlant passent du preneur à un tiers. Ce sera le cas par suite de succession (560 CCS), lors du changement de propriétaire des choses assurées (54 LCA), lors du transfert d'un contrat d'assurance sur la vie au conjoint ou aux descendants s'ils sont désignés comme bénéficiaires et si un acte de défaut de biens est délivré contre le preneur d'assurance ou si celui-ci est en faillite (81 LCA). La transmission du contrat par voie de convention exige, en plus d'une cession du droit qui découle de l'assurance, une reprise de dette au sujet de l'obligation de payer les primes, à laquelle l'assureur doit donner son consentement comme créancier. — Est aussi cessible le simple droit à la prestation d'assurance, sans le consentement du débiteur. En ce cas-là l'article 73 LCA stipule qu'en plus de la forme écrite, la tradition de la police et un avis écrit à l'assureur sont nécessaires, pour que la cession soit valable. Ce genre de cession se rencontre surtout dans les assurances sur la vie, où la prestation de l'assureur est certaine et s'exprime dans la valeur de rachat. A la différence de la clause bénéficiaire, la cession est irrévocable.

La cession d'une part sociale ne fait pas, en principe, acquérir ipso facto la qualité de membre de la coopérative au cessionnaire. Celle-ci ne lui est attribuée qu'à la suite d'une décision de la société, acte unilatéral d'admission (849 I CO). De même en serait-il d'un contrat d'assurance conclu entre le membre d'une coopérative quelconque, en vertu d'une obligation statutaire, et un tiers assureur. La cession de ce contrat d'assurance ou des droits en découlant ne ferait pas perdre la qualité de membre au cédant. Elle ne signifierait que le transfert des éléments patrimoniaux qu'im-

plique toute assurance: obligation de payer la prime, droit à la prestation d'assurance. Le caractère personnel de la «Mitgliedschaft» n'est pas touché en pareil cas par l'acte juridique d'ordre purement patrimonial du membre, qui peut cependant constituer une «infraction» à la loi de la personne morale. C'est là le principe.

Mais une norme spéciale règle la question, lorsque la qualité d'associé est intimement liée au contrat d'assurance conclu entre la société et son membre, et lorsqu'elle en dépend. Dans pareil cas, les statuts de la société pourront prescrire que la qualité d'associé est transférée de plein droit par la « reprise du contrat » (849 III) [27]). Dans une société ayant repris cette disposition dans ses statuts, pratiquement dans toute grande coopérative d'assurance, le caractère personnel de la qualité de membre perd son caractère primordial, le lien d'assurance y jouant un rôle prépondérant et quasi-exclusif.

Ce caractère transmissible de la qualité de membre par le transfert de celle de preneur est une exigence qui dérive de la nature tout à fait spéciale qui est celle de toute importante coopérative d'assurance. [28]) D'ailleurs, mieux vaut octroyer la qualité de membre aux preneurs et cessionnaires de contrats d'assurance; ceux-là ont, en effet, au moins encore un intérêt, serait-il essentiellement d'ordre patrimonial, à la bonne marche de la société. Mais il est évident que cette structure particulière de la «Mitglied-

---

27) La lecture de cet art. 849, III CO peut cependant suggérer en nous le doute suivant, mais qu'il ne nous appartient pas d'élucider à cet endroit. La qualité de membre est-elle acquise par la reprise du «contrat», comme dit le code, ou l'est-elle déjà par la cession du droit découlant de l'assurance au cessionnaire? — Pour les sociétés ayant repris la disposition légale, le texte du code nous paraît assez clair, pour que nous en déduisions que seul le transfert du «contrat» fait acquérir la qualité de membre (transfert des droits et des obligations découlant de l'assurance). Une société dépasse-t-elle la disposition légale, en insérant dans ses statuts: «Lorsque les *droits* découlant d'un contrat du portefeuille principal — non transformé en une assurance libérée du service des primes — passent du preneur d'assurance ou de son ayant-cause à un tiers, ce dernier acquiert par là-même la qualité de sociétaire.» (art. 6, III, Rentenanstalt). — V. aussi art. 4, Ass. Mutuelle Vaudoise: «La qualité de sociétaire se perd par l'extinction de toutes les polices ou *leur transfert* à des tiers». Or ce transfert se fait aussi pour une simple cession du droit d'assurance. — La plupart des sociétés prévoient cependant que c'est la fin ou la reprise du *contrat* d'assurance qui fait perdre la qualité de membre au preneur originaire et qui la fait acquérir à celui qui le reprend.

28) V. Ehret, Das bes. Mitgliedschaftsverhältnis in Vers.-Gen., p. 61 : «Diese Sprengung des persönlichen Rahmens gestattet auch der Versicherungsgenossenschaft viel eher, ihre Zwecke zu erreichen.» V. aussi, ibid., p. 75-77. «. . . Die Versicherungsgenossenschaften bedürfen der Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft.» (p. 77). V. aussi, ibid., p. 95-6.

schaft» n'est pas faite pour augmenter l'intérêt corporatif proprement dit du membre.

Mais alors, pourquoi s'obstine-t-on à vouloir accorder à cet effectif mouvant de sociétaires des droits corporatifs qu'exercera bien mieux une assemblée restreinte telle qu'un conseil de surveillance ?

b) *Assimilation du membre au tiers créancier.* D'autres dispositions légales encore contribuent à rendre le lien d'assurance le lien social le plus important reliant la coopérative d'assurance à son membre.

aa) Une coopérative d'assurance concessionnaire ne postule pas le caractère prédominant de l'élément personnel du membre, elle n'oblige pas le membre à payer de sa personne dans la réalisation du but social. Les membres ne se sentent guère solidaires entre eux, dans la vraie acception du terme. C'est ce qui a déterminé le législateur à exclure toute responsabilité personnelle du membre dans la société d'assurance concessionnaire (869, 870 CO), alors que cette solidarité entre les membres et leur responsabilité directe, bien que subsidiaire, envers les créanciers de la société était présumée dans l'aCO [29]). Ce caractère anonyme du membre trouve aussi sa répercussion dans l'article 877 III CO qui n'oblige pas les sociétés concessionnaires d'assurance à porter les noms de leurs membres à la connaissance du préposé du registre du commerce.

bb) D'une importance capitale aussi l'article 903 VI CO qui assimile les créances dérivant du lien d'assurance pour le membre assuré à des créances ordinaires. Le membre se trouve ainsi placé exactement sur le même pied que tout tiers assuré à une société d'assurance quelconque. Il jouira également des mêmes privilèges dans le recouvrement de sa créance par l'exécution forcée. Sa créance, comme celle du tiers assuré, sera colloquée en troisième classe, dans la mesure où elle ne sera pas couverte par le cautionnement ou le fonds de sûreté (dont la constitution déploie des effets semblables

---

29) «Die Solidarhaftung setzt Vertrauen voraus, Zuversicht und Solidaritätsgefühl», disait Egger, Revision, p. 196a. — L'exclusion de la responsabilité personnelle des associés n'exclut cependant pas la faculté de prévoir dans les statuts des versements supplémentaires de la part du membre (obligation vis-à-vis de la société) (871 CO). Rares sont cependant les grandes coopératives d'assurance qui en ont fait un usage plus ou moins restreint: ainsi, par ex., art. 8 et 53, Emmentalische Mob.-Vers.-Gesellschaft, les «contributions supplémentaires» de l'art. 19 des statuts de la Mutuelle Chevaline Suisse. D'autres statuts de sociétés d'assurances consultés excluent tous n'importe quelle responsabilité personnelle du membre.

à ceux d'un droit de gage) [30]). On comprend que cette situation réservée par la loi au membre assuré n'est pas de nature à lui inculquer un esprit de corps quelconque ; au contraire, elle le met en quelque sorte « hors-la loi » de la corporation.

c) *Constatation d'ordre psychologique.* Dans une grande coopérative d'assurance, nous faisons la constatation suivante: le membre, en général, ne se « sent » pas comme membre, mais bien plutôt comme simple preneur d'assurance. Des intérêts sociaux autres que ceux résultant de son lien d'assurance ne le passionnent que très peu. L'affectio societatis nécessaire dans toute corporation ne se manifeste guère chez le coopérateur moyen. Il lui suffit de savoir qu'une surveillance officielle et une législation spéciale sur le droit des assurances prennent garde, mieux qu'il ne pourrait le faire lui-même dans une assemblée générale, à la sauvegarde des droits des assurés, qu'ils soient membres ou qu'ils ne le soient pas. Le membre ne se sent incorporé dans la personne morale que dans la mesure où il se trouve engagé dans le lien d'assurance, seul trait d'union, pratiquement, entre lui et la société dont il constitue pourtant le substratum humain.

Le lien d'assurance revêt ainsi les significations suivantes dans une coopérative d'assurance concessionnaire : simple contrat au sens de la LCA, à laquelle il se trouve soumis, malgré son incorporation statutaire dans la loi de la personne morale, mais aussi utilisation de l'institution coopérative par son membre, justifiant le droit de ce dernier à la ristourne ou tout au moins à des conditions favorables d'assurance. Et encore : acte constitutif de la qualité de membre de la personne morale, faisant acquérir à son bénéficiaire des droits corporatifs, soit ceux que lui confèrent les statuts de l'institution, soit ceux que lui octroyent les dispositions impératives de la loi positive.

Aux yeux de la personne morale elle-même, l'assurance est susceptible d'une double qualification : Elle est tout d'abord le but et l'idée directrice de l'institution (protection consciente et énergique de la prévoyance humaine par le self-help), et elle est également l'instrument qui permet à la coopérative d'assurance de réaliser son but. L'assurance, notion essentiellement économique, y est but et objet. [31]).

---

30) Article 17 de la loi sur les cautionnements des sociétés d'assurances, article 26 de la loi sur la garantie des obligations des sociétés suisses d'assurances sur la vie, art. 219-220 LP.

31) Dans la SA qui pratique l'assurance, celle-ci n'est que le moyen de réaliser le but. Le but de la SA consiste, en effet, à réaliser un bénéfice, le profit de l'entreprise capitaliste. Celui de l'entreprise coopérative, au contraire, consiste à favoriser un intérêt économique déterminé du membre.

III.

CONCLUSIONS

Dégageons en deux mots la substance et la morale des observations précédentes :

Dans la société d'assurance concessionnaire de plus de 1000 membres le lien d'assurance est, pratiquement, le seul lien social rattachant le coopérateur à son institution. Les droits découlant de la qualité de membre se couvrent en fait avec les droits découlant du simple lien d'assurance. La position du membre dans la personne morale, son statut, ne diffère presque pas de celle de n'importe quel tiers assuré. L'intérêt du membre assuré ne va pas, en général, au-delà de l'intérêt qu'il a à la sûreté et à la garantie de sa créance résultant du lien d'assurance.

La qualité de membre dans la coopérative d'assurance est essentiellement floue et mouvante [32]). Une participation active des membres, comme organe de la personne morale dans une assemblée générale, n'est même pas souhaitable, dans de telles conditions, leur activité étant soumise à trop d'aléas.

Le statut spécial du membre, tel que nous venons de le relever, nous fait admettre assez facilement que ce dernier ne jouisse pas d'importants droits sociaux au sein de la personne morale envisagée. Lorsque le droit d'élire l'administration ainsi que nombre d'autres droits considérés en général comme «inaliénables» lui auront été enlevés par une décision de l'assemblée générale, sa situation ne diffèrera plus guère de celle du destinataire d'une fondation.

La suppression de droits sociaux du membre n'entraîne pas la suppression du principe de la mutualité dans une entreprise coopérative d'assurance. La société, restant mutuelle, peut très bien limiter très sérieusement les droits de ses membres, lorsque le but de l'institution est mieux sauvegardé ainsi. Une surveillance officielle remplacera très souvent avantageusement une assemblée générale impraticable [33]).

---

32) Kummer, Gleichbehandlung der Gen., p. 14: «Entsprechend ist die persönliche Bindung zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern aller Abstufungen fähig : Sie kann von einem äusserst lockeren Band, das den Genossenschafter seine Stellung als Mitglied kaum bewusst werden lässt (grosse Versicherungsgenossenschaften), bis zu einer sehr straffen. . . Bindung reichen (Kartelle)».

33) Koenig, Hans, Ein Beitrag zur geschichtlichen Entwicklung der Versicherungsbedingungen in der Schweiz, dit, p. 3: «Die Rentenanstalt war und ist eine Versicherungsgesellschaft auf *Gegenseitigkeit;* ihre Versicherungsbedingungen bildeten daher stets einen Bestandteil der Statuten. Erst vom Jahre 1894 an wurden besondere Versicherungsbedingungen erstellt.» (ce qui ne veut pas dire que les conditions générales ne font plus partie intégrante des statuts). Et pourtant, cette société a connu la cooptation dès ses débuts. Sur

Bornons-nous donc à déclarer que la cooptation est tout à fait à sa place dans une grande coopérative d'assurance. Dans le cas concret, il faut avouer franchement qu'un principe autoritaire dans la nomination des administrateurs assurera bien mieux qu'un principe démocratique la bonne marche de la société.

CHAPITRE SIXIEME

§ 1.

Le membre de la coopérative d'assurance concessionnaire possède-t-il un droit acquis à nommer l'administration ?

Nous avons vu dans les derniers chapitres que ni le but de l'institution ni le statut du membre d'une grande coopérative d'assurance n'exigeaient une participation démocratique obligatoire du membre à la vie sociale. Posséderait-il cependant un droit acquis à nommer l'administration dans une assemblée générale, analogue au droit de l'actionnaire dans la société anonyme ? L'introduction de la cooptation dans la personne morale violerait-elle en quelque sorte un tel droit inaliénable ? La motion Sappeur aurait-elle raison de vouloir supprimer la soi-disant toute-puissance de l'administration en réintégrant le membre d'une grande coopérative d'assurance dans des droits qui lui seraient «acquis» et dont il ne saurait se séparer, sans porter atteinte à la nature même de l'institution?

Dès maintenant, il s'agit de mettre une chose bien au point : De lege lata, les membres de la coopérative d'assurance concessionnaire de plus de 1000 membres peuvent ne plus avoir le droit de nommer les membres de l'administration. L'article 893 I CO le dit expressément : tout ou partie des attributions de l'assemblée générale peuvent faire l'objet d'un transfert à un organe de l'administration.

Le droit de vote du membre, apanage nécessaire d'une assemblée générale destinée à fonctionner normalement, peut donc être transféré à l'administration. Il est évident que, si le transfert est notable et porte sur les matières essentielles qu'englobe le droit de vote du sociétaire, une assemblée générale usuelle n'aura plus de

---

la nécessité de normes spéciales pour les sociétés coopératives concessionnaires: Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 215; Gysin, Ergebnisse, p. 348-9, 352, 354. V. aussi Gutzwiller, Komm., p. 66, 69.

raison d'être. Même s'il n'est pas complet en vertu de 893 al. 2 CO, l'importance d'une telle assemblée générale sera notablement diminuée.

De lege lata, il ne fait donc aucun doute que la cooptation, droit de l'administration de nommer elle-même ses membres, est une institution légale et licite. La motion Sappeur tendant à supprimer de tels pouvoirs exceptionnels de l'administration dans les grandes coopératives d'assurance, nous posons alors la question : De lege ferenda devrait-il exister, en faveur du coopérateur et mutualiste dans une grande coopérative d'assurance concessionnaire, un droit inaliénable à nommer l'administration, une espèce de droit « naturel » inhérent à sa qualité de sociétaire ?

L'examen de cette question nous conduira tout d'abord à analyser brièvement la notion de «droits acquis».

§ 1.

La notion de droits acquis appartient-elle exclusivement au droit de la société anonyme ?

I.

Différence de structure entre société anonyme et société coopérative

Soulignons dès le début qu'une analogie, voire même une identification partielle, de certaines règles de la société anonyme appliquées à la société coopérative d'assurance concessionnaire [1]) ne permet d'aucune manière l'identification de la structure de ces deux sociétés, si différentes l'une de l'autre par ailleurs [2]). Chacune d'elles

---

1) Ainsi, par ex., 858, II, calcul de l'excédent actif; 896, II, règles concernant la durée des fonctions de l'administration; 920, responsabilité.

2) V. sur l'application par analogie de règles de la SA à la SC : Steiner, Die Anwendung von Vorschriften des Aktienrechts auf die Genossenschaften, dans: SchwAG, 16. Jahrg., p. 116: «Das hindert allerdings nicht (la dinstinction faite par le législateur du CO rev. entre SA et SC), dass die Organisation beider Gesellschaften weitgehend übereinstimmt und daher die bezüglichen Abschnitte des OR vielfach analoge Vorschriften enthalten. Gelegentlich geht die Uebereinstimmung so weit, dass der Gesetzgeber der Einfachheit halber bestimmte Vorschriften des Aktienrechts als auf die Genossenschaft anwendbar erklärt hat.» — Vogel, Gen. als Rechtsform f.

a une place bien définie dans le système de notre droit commercial, chacune y garde son allure particulière : la société anonyme incarnant en quelque sorte la recherche du profit, et la société coopérative répondant à la satisfaction d'un besoin économique déterminé de son membre, se fondant sur le principe du self-help et de la mutualité, celle-ci constituant le nervus rerum de la coopérative d'assurance. Le «bénéfice» du membre de la coopérative se traduit, en principe, par une économie dans son budget.

La structure capitaliste de toute grande entreprise d'assurance coopérative, le caractère changeant et transmissible d'un lien social très faible et la prédominance de l'élément patrimonial dans ce genre de société n'enlèvent pas pour autant à cette dernière sa nature propre, qui est celle d'une coopérative [3]). Il serait complètement erroné, dès lors, d'appliquer in globo aux grandes coopératives d'assurance concessionnaires le cadre rigide et très strict de la société anonyme.

Que dire à ce sujet des droits acquis ? C'est une notion que nous ne trouvons expressis verbis que dans notre droit de la société anonyme [4]). Néanmoins la doctrine aussi bien que la jurisprudence ont étendu par analogie cette notion à l'entreprise coopérative [5]). Est-ce pourtant inutile d'insister sur la prudence indispensable à

Bankunternehmen, p. 43. Il faut cependant admettre avec Siegwart, Komm., V. 5a, p. 29: «Die Unterschiede sind so bedeutend, dass auch eine AG, die keinen wirtschaftlichen Zweck verfolgt (N. 5), selbst bei Ausnützung aller statutarischen Freiheiten nicht zu einer Rechtslage gelangen kann, die derjenigen gleichkommt, welche für die Genossenschaft wesentlich ist».

3) Même si elle assure des tiers; l'Union suisse des coopératives de consommation ne vend-elle pas aussi aux tiers, pour ainsi dire sans restriction?

4) Article 646, I, II, III CO.

5) Guhl, Le code féd. des oblig., p. 566, et Kummer, Gleichbehandlung, p. 137, citent tous les deux l'arrêt très intéressant : 61, II, 175. V. aussi, à propos de cet arrêt : Gutzwiller, Gen. im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, dans Festgabe 1943, p. 252-254. Cet auteur fait la réflexion qui nous semble aussi s'imposer, «ob nicht mit der Parallele zwischen Genossenschaft und Aktiengesellschaft soweit sie grundsätzlich sein will, zwei völlig inkommensurable Grössen miteinander verglichen werden, indem sich dort immer vom Gleichheitsprinzip beherrschte personalistische Befugnisse, eben Mitgliedschaftsrechte, hier aber kapitalistisch abgestufte, also rein vermögensrechtliche Interessen, «Teilsummen» («Aktienpakete») und Prioritäten gegenüberstehen.» (p. 253).
Remarquons en passant l'emploi assez fréquent de termes tels que «wohlerworbene Rechte», «Sonderrechte», «Vorrechte», comme synonymes, sans distinction. Une discrimination de ces expressions ne serait-elle pas souhaitable ? Ainsi Gutzwiller, loc. cit., p. 265, désigne-t-il les droits acquis de «Sonderrechte». Or, nous appelerions plutôt Sonderrechte des droits particuliers, par ex. ceux qui découlent d'une part de fondateur.

observer dans le raisonnement par analogie, surtout lorsqu'une notion comme celle des droits acquis est transplantée ainsi dans un domaine qui n'est pas le sien propre ? [6])

II.

La double notion des droits acquis

Analysons et précisons rapidement le droit acquis, avant de le corroborer avec l'idée d'une restriction «illicite» du droit de vote du coopérateur qu'impliquerait l'institution de la cooptation.

En réalité, le terme communément connu et disséqué dans la doctrine et dans la jurisprudence comme droit acquis recouvre deux notions bien distinctes que relèvent d'ailleurs en passant soit un arrêt du Tribunal fédéral (61 II 175) soit Kummer [7]).

1) Par droits acquis nous entendons tout d'abord des droits inhérents à la qualité de membre de la société et qui sont, de par leur nature, inaliénables. Tels sont, dans la société anonyme, pour ne citer que ceux-là : le droit de participer à l'assemblée générale, le droit de prendre part à des délibérations et d'y exercer le droit de vote, le droit de contrôle individuel et l'action sociale, le droit à l'égalité de traitement des associés. Ce dernier droit a été reconnu depuis longtemps soit par la jurisprudence soit par les au-

---

6) Logiquement, on n'appliquera par analogie des règles de la SA à la SC qu'après un chemin assez long. En effet, si l'on se rend compte d'une lacune dans le droit des coopératives, on se reportera tout d'abord aux règles générales sur les personnes morales ; celles-ci n'éclairent-elles pas suffisamment la question, on prendra alors comme terme de comparaison analogique la société qui se rapprochera le plus, par sa nature et sa fonction, de la SC. Si la coopérative se rapproche du type prévu aux art. 828 ss CO, les règles de l'association s'appliqueront de préférence, vu la prédominance de l'élément personnel dans les deux sociétés. Présente-t-elle une allure «capitaliste», où l'élément patrimonial est très marqué, on pourra envisager alors l'application de certaines règles du droit de la SA à la coopérative en question.

7) RO 61, II, 175 : «Par droits acquis, on entend, à côté des droits fondamentaux, inhérents à la qualité de membre d'une société, certains droits particuliers appartenant à tel ou tel sociétaire». — Kummer, Gleichbehandlung, p. 137: «. . . Mitgliedschaftsrechte. . , die ihrer Natur nach schlechthin unentziehbar sind (wie das Stimmrecht, Anfechtungsrecht, Kontrollrecht, ebenso das Recht auf Gleichbehandlung als solches), oder die als wohlerworbene Rechte zu gelten haben und nur mit Zustimmung des Berechtigten entzogen werden können.»
Guhl, Le code féd. des oblig., p. 448, discerne, lui aussi, bien que plus vaguement, deux sortes de droits acquis: «Ce sont, d'une part, les droits qui, en vertu d'une disposition légale ou statutaire, ne dépendent pas des décisions de l'assemblée générale et de l'administration, et d'autre part ceux qui dérivent de la faculté de participer à l'assemblée générale et à ses délibérations...»

teurs comme l'une des normes constitutionnelles fondamentales de la personne morale, société anonyme ou société coopérative. Qu'il soit consacré par écrit ou non dans la charte statutaire de la personne morale, il constitue un principe constitutionnel implicitement contenu dans celle-ci et reflétant l'éthique interne de la personne morale [8]).

Ces droits ne peuvent, d'aucun manière être soustraits à leur titulaire. Ce seront en principe les «Organschaftsrechte» qui revêtiront ce premier aspect de la notion de droits acquis, c'est-à-dire les droits rattachés étroitement à la qualité de membre et faisant ressortir tout spécialement l'élément personnel de la personne morale.

2) Nous entendons encore par ce terme un droit particulier du sociétaire, dont le titre d'acquisition est si fort et où le lien qui le rattache à son titulaire est si étroit qu'une suppression de ce droit sans l'assentiment de son titulaire serait à considérer comme nulle et non avenue à l'égard de ce dernier et fonderait son droit à l'action sociale. Une simple décision majoritaire ne saurait donc

---

8) En ce sens: Gutzwiller, Zwei Preisssch riften, p. 419-20; Komm., p. 67, Meyerowitz, Recht der Aktionaire auf Gleichbehandlung, p. 1, 11, 12-13: «. . . ein derartiges Prinzip. . . praktisch nicht denkbar ohne die logische Notwendigkeit der Unentziehbarkeit des daraus entspringenden subjektiven Rechts.» Et, p. 15: «Dem Gesetzesrechte sind unbedenklich die Grundrechte, die sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft ergeben, gleichzustellen.» (il cite lui-même Wohlwill) Gide, Ch., Les soc. coop. de consommation, p. 97: «L'égalité de tous les membres est de principe dans ces petites républiques que sont les sociétés coopératives.»
Ehrlich E., Zwingendes und nichtzw. Recht, p. VI, dit qu'aucune présomption ne se prononce en faveur ou en défaveur du caractère impératif d'une règle de droit civil: «. . . die Frage ist in jedem einzelnen Falle besonders zu untersuchen und zu entscheiden.» Il ne s'agit pas d'une «allgemeine Eigenschaft aller Rechtssätze.» (p. 255) — V. aussi Arbenz, GWU, p. 339, 341-2, 349-50. Siegwart, Komm., V. 5a, p. 353 ss, constate, de son côté «. . . dass auch die wohlerworbenen Rechte nicht gleichmässige, nach einfachen und absoluten Kriterien abgrenzbare Gebilde darstellen».
V. aussi les arrêts suivants : RO 50 II 498 (droit de vote, droit acquis de l'actionnaire), RO 69 II 43 ss et RO 69 II 250 c. 1. (principe de l'égalité entre associés, restriction de l'égalité des membres en considération du but, inégalité de traitement fondée en fait).
Les avis sur l'étendue du principe proclamant l'égalité de traitement des associés peuvent cependant différer: ainsi Wolfer H., Genossenschaftsverwaltung, déclare le principe «absolu» pour les droits de caractère très personnel (persönliches Mitgliedschaftsrecht), et il le déclare «relatif» quant au «vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrecht». (p. 135, 138).
Gloor P., Das Recht der DV, de son côté, déclare le principe absolu d'une manière catégorique, si le contraire ne ressort expressément de la loi (p. 38, 40).

priver le sociétaire d'un tel droit[9]). Ce deuxième aspect de la notion de droit acquis aura surtout pour but de protéger le membre dans quelques-unes de ses prétentions d'ordre patrimonial et pécunier vis-à-vis de la société. Seront donc des droits acquis dans ce second cas: le droit au dividende et à la part de liquidation dans la société anonyme, le droit au remboursement de la créance résultant du paiement de la prime dans la faillite de la société coopérative d'assurance non-concessionnaire (cf. arrêt RO 61 II 175, où le Tribunal fédéral estime que l'abandon du sort des apports du membre au bon plaisir et à l'arbitraire de la majorité serait difficilement conciliable avec la logique et l'équité).

Nous aboutissons donc à une notion du droit acquis qui n'est pas du tout homogène, puisqu'elle sert, en effet, à désigner deux catégories de droits qui ne se couvrent pas: d'une part, des droits inaliénables proprement dits, qui concernent surtout les droits «organiques» de l'actionnaire et qui renforcent tout particulièrement la position du membre en tant que tel en lui garantissant impérativement des droits sociaux actifs; de l'autre, des droits d'ordre patrimonial, présentant surtout une valeur pécuniaire et ne pouvant être soustraits à la libre disposition de leur titulaire qu'avec l'assentiment de ce dernier. A vrai dire, c'est à cette dernière catégorie de droits, seule, qu'il conviendrait de donner le nom de droits «acquis». Nous réserverions celui de droits «inaliénables» aux «Organschaftsrechte» de l'actionnaire.

III.

Droits acquis et organisation statutaire

Les droits acquis, dans le premier sens que nous leur avons attribué, reposent sur une disposition impérative, donc absolue,

---

9) Le droit acquis a généralement été défini dans ce second sens, donc comme une prétention du membre ne pouvant être supprimée par une simple décision majoritaire.
Ainsi, v.: Bulletin sténographique, CN, 1934, p. 276 (rapporteurs : Scherer, Aeby, pour les art. 645-660). V. aussi Gierke, Gen. Theorie, p. 237: «. . . als der Einzelne einen ohne seine Zustimmung nicht verletzbaren Anspruch auf gleiche Behandlung mit den übrigen Mitgliedern hat.» V. aussi Haff, Institutionen, p. 218, mais surtout 219: «So bildete sich der Begriff des wohlerworbenen Rechtes heraus, eines subjektiven Rechtes, das durch Mehrheitsbeschluss nicht entzogen werden kann.» V. aussi p. 220. Cet auteur distingue encore entre Vor- et Sonderrechte.
Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs, p. 180-1, considère comme «Sonderrechte» «vertraglich zugestandene Einzelrechte» qui «ihrer Natur nach die Aktionäreigenschaft des Berechtigten zur notwendigen Voraussetzung haben.»

de la loi, alors que les droits acquis, dans leur second sens, constituent essentiellement une émanation des statuts de la personne morale et de l'autonomie de cette dernière. Les premiers, comme dispositions impératives de droit matériel, font souvent partie du contenu nécessaire des statuts (notwendiger Inhalt der Statuten), alors qu'une dérogation aux seconds se placera dans les dispositions facultativement nécessaires des statuts (fakultativ-notwendiger Inhalt), c'est-à-dire dans les dispositions qui doivent se trouver dans les statuts dans la mesure où il est dérogé aux prescriptions de la loi [10]). Ceci ressort déjà du fait que les droits acquis de la première catégorie sont purement et simplement inaliénables, alors que ceux de la seconde ne le sont que si le ou les intéressés n'y renoncent pas.

IV.

Le droit acquis et la société coopérative

Il est indéniable que les droits acquis tels que nous les avons définis plus haut sont l'apanage propre de la société anonyme au

---

10) Ainsi l'art. 626 ch. 4 énonce-t-il comme disposition nécessaire des statuts: «La convocation de l'assemblée générale et le droit de vote des actionnaires», droit que le code déclare «acquis» à l'art. 646, II et III. Le code semble lui-même faire la distinction entre droit proprement inaliénable (comme le droit de vote) et droit que l'on ne peut supprimer qu'avec l'assentiment de son titulaire, lorsqu'il dit : «Sont considérés comme droits acquis de l'actionnaire ceux qui, en vertu d'une disposition légale ou statutaire, ne dépendent pas des décisions de l'assemblée générale et de l'administration, ou dérivent de la faculté de participer à l'assemblée générale» (646, II CO). — Evidemment, nous ne voulons pas dire que *toute* disposition impérative doit se trouver dans les statuts, puisque ce n'est pas d'eux, au fond, qu'elle tire sa valeur obligatoire, mais bien du caractère iuris publici de la loi impérative. C'est au juge de déterminer quand la loi a un caractère impératif, et quand un droit est à considérer comme «acquis». V. par ex. les arrêts suivants : RO 41, II 618 c. 4; RO 47, II 436; RO 72, II 297 (droit au dividende, en vertu des statuts, par une décision de l'AG) Ainsi Siegwart, Freiheit bei der Wahl der Verbandsformen, dans: Festschrift, p. 195, peut-il dire: «. . . Der Anspruch der Aktionäre auf Dividende und Liquidationsbetreffnis kann statutarisch ausgeschlossen werden.» — Guhl, Le code féd. des oblig., p. 449, ne considère-t-il pas aussi comme droit acquis le droit d'aliéner l'action, lorsqu'elle n'a pas été déclarée incessible dans les statuts originaires ? Sur l'art. 627 CO, v. Stockmann, Akt. und Statutenänderung, p. 123: «Bei art. 627 OR handelt es sich offensichtlich um eine Organisationsvorschrift, die nicht materielle Rechtsverhältnisse regeln will.» P. 125: «Einzelne der in Art. 627 OR aufgezählten Bestimmungen mögen wohlerworbene Rechte sein oder sind es unter bestimmten Voraussetzungen, die von Fall zu Fall wechseln.» P. 129: «Die Aufnahme einer Bestimmung in das Verzeichnis des Art. 627 OR sagt über die Natur und den Inhalt der betreffenden Vorschrift an sich nichts aus.»

cadre étroit et impératif [11]). C'est là que cette notion prend tout sa valeur. Ailleurs elle serait dépaysée.

Et si nous essayons de placer cette notion dans le vaste domaine de la coopération, nous arriverons bien à coller l'étiquette de «droit acquis» sur telle ou telle disposition du droit coopératif, mais ce sera presque toujours un droit acquis dans le sens que nous avons appris à connaître le premier que nous retrouverons sous cette dénomination [12]), c'est-à-dire un droit inaliénable du membre se fondant sur une disposition impérative de la loi : ainsi le droit de contrôle de l'associé (856 I et II CO et 857 IV CO), le droit du 1/10 des associés de demander la convocation d'une assemblée générale (881 II CO), le droit d'attaquer une décision sociale (891 I CO), et, expressis verbis, le principe de l'égalité entre associés (854 CO).

§ 2.

La cooptation lèse-t-elle un droit de vote inaliénable du membre dans la coopérative d'assurance concessionnaire ?

I.

Le droit de vote du sociétaire

Examinons tout d'abord rapidement les droits qu'implique pratiquement ce que nous désignons normalement par droit de vote du sociétaire.

1) Rentre en premier lieu dans la notion du droit de vote le droit de participer et d'assister à l'assemblée générale régulièrement convoquée. Ce droit est indispensable, donc acquis d'une manière inaliénable au membre de toute société dans laquelle le droit de vote lui-même est inaliénable et ne peut s'exercer dans une assem-

---

11) Landolt, Beiträge, p. 11: «In Anbetracht der gesetzlich gebundenen Form der A. G. tragen wohl nach allgemeiner Anschauung sämtliche Bestimmungen des O. R. über die G. V. im Zweifel zwingenden Charakter. Dies hindert natürlich nicht, dass das Gesetz gewisse Materien der Regelung durch die Statuten vorbehält, oder in vereinzelten Fällen seine eigene Normierung durch die Statuten abzuändern gestattet.» Siegwart, Freiheit bei der Wahl der Verbandsformen, dans: Festschrift, p. 204: «Das rev. OR hat mit der bewährten schweizerischen Ueberlieferung, die Gesetze einfach und kurz zu gestalten, einigermassen gebrochen. Damit ist notwendig auch die Zahl der zwingenden Gebote und Verbote gestiegen und so die Freiheit der Einzelgestaltung etwas beschränkt worden.»

12) Dans les sociétés d'assurance non-concessionnaires, pourtant, un arrêt déjà cité (RO 61, II, 175, 178-180), accorde et donne la force d'un droit acquis à un droit que le TF considère comme correspondant à la contre-partie du prix de l'assurance, c'est-à-dire de la prime, «pour le mettre sur le même pied que le droit au remboursement de la part sociale, dans les coopératives qui ont un capital social.» (donc, droit acquis dans le second sens).

blée de délégués ou par écrit, soit que les statuts ne prévoient pas ce mode de procéder, soit qu'une disposition de la loi l'interdise expressément, comme dans la société anonyme.

2) Rentre aussi dans la notion générale du droit de vote le droit de prendre part aux délibérations de l'assemblée générale et d'y faire des propositions. Le droit de présenter des candidats, lors des élections statutaires, est indissolublement lié à cette faculté de membre.

3) Le droit de vote comprend aussi et surtout le droit de participer aux votations auxquelles procède l'assemblée générale. Ce droit permet à son titulaire d'approuver ou de rejeter des propositions faites au sein de l'assemblée générale dans le but de provoquer des décisions sociales valides (acte de gestion soumis à l'assemblée générale, choix des administrateurs).

4) Le droit de vote confère encore à son titulaire un droit de vote passif : celui de figurer comme candidat lors des élections concernant les membres d'un organe de la société (assemblée de délégués, administration), spécialement de l'organe directeur. Là, cependant, pourront s'établir des incompatibilités statutaires, voire légales, dans la mesure où celles-ci ne lèsent pas le droit à l'égalité de traitement des sociétaires et où elles sont commandées par le souci de la défense des intérêts sociaux [13]).

II.

Le droit de vote, droit acquis de l'actionnaire

Dans la société anonyme, nous l'avons déjà relevé, la nature impérative du droit de vote ne laisse place à aucun doute. Ce dernier est un droit acquis dans le sens d'un droit absolument inaliénable rattaché à la qualité d'actionnaire. C'est le plus important des droits de l'actionnaire [14]). N'a-t-on pas dit que la société anonyme est une démocratie par excellence? [15]). La participation de l'actionnaire à l'administration ne s'exprime pas uniquement dans le droit de vote, il peut aussi «présenter et motiver des propositions, demander des renseignements, faire inscrire ses déclarations au pro-

---

13) Wolfer H., Die Genossenschaftsverwaltung, p. 133 et 143: «Das passive Wahlrecht ist seinem Umfange nach durch die genossenschaftliche Treuepflicht bestimmt.»

14) Guhl, Le code féd. des obligations, p. 442.

15) Aeby P., Orientation nouvelle du droit des sociétés (brochure). La démocratie par excellence ne postulerait-elle pas l'égalité de voix des actionnaires plutôt qu'une «Abstufung der Rechte nach Teilsummen»?

cès-verbal, etc...» [16]). Le droit de vote est donc in globo inaliénable dans la société anonyme [17]).

Qu'en est-il dans les entreprises coopératives, qu'en est-il, plus spécialement, dans la grande coopérative d'assurance ? Le droit impératif de la société anonyme s'appliquera-t-il, mutatis mutandis, à ces institutions ?

III.

Le droit de vote du coopérateur

Nous avons souligné dès le début que le droit des coopératives présentait un aspect beaucoup plus souple, beaucoup plus malléable que celui de la société anonyme. Les considérations suivantes sur le droit de vote dans les coopératives ne feront que confirmer cette assertion.

Le domaine coopératif nous a déjà révélé diverses institutions ayant pour effet de restreindre l'étendue et l'importance du droit de vote du membre ou de le supprimer complètement (cf. chapitre II). Nous n'en reprendrons que deux à titre d'exemples: la votation par correspondance et l'assemblée de délégués.

1) La votation par correspondance supprime tout d'abord la participation active du membre dans une assemblée générale, le contact personnel avec les autres membres. Le droit de faire des propositions sera, lui aussi, pratiquement très limité. De même, le membre aura-t-il des chances d'être élu, ou bien même simplement d'être proposé comme candidat, si personne ne le connaît, et en l'absence d'une réunion effective des membres ? En l'occurence, nous pourrions dire que le droit de vote est réduit à sa plus simple expression et détaché de toutes les contingences d'une assemblée générale. Ces contingences seraient pourtant souvent utiles au membre, pour qu'il puisse se former une opinion non seulement person-

---

16) V. Steiger, Droit des SA, p. 186.

17) Encore cela n'empêche-t-il pas, très souvent, l'emprise de grands groupements financiers sur toute la vie sociale de l'entreprise capitaliste, soit dans l'assemblée générale, soit dans l'administration. — V. aussi: RO 50, II 498 (cet arrêt désigne le droit de vote comme droit acquis dans la SA, mais aussi comme «Hilfsrecht»). Wieland, lui aussi, dit dans un récent article (SJZ, 47. Jahrg., p. 217) que «wirtschaftlich die Vermögensrechte die Hauptrechte, die Verwaltungsrechte nur die Hilfsrechte darstellen, wenn auch die Terminologie keine einheitliche ist.» Cela ne l'empêche pas d'insister sur le caractère «acquis» de ces Hilfsrechte (Stimm-, Anfechtungs-, Frage-, Kontrollrecht) et de dire «dass alle Verwaltungsrechte im Gegensatze zu den Vermögensrechten auf zwingendem, nicht dispositivem Aktienrechte beruhen, wie sie auch, im Gegensatze zu diesen, vom Mitgliede aus betrachtet, nicht verzichtbar sind, jedenfalls nicht generell.»

nelle, mais objective sur les propositions qui lui sont soumises et sur lesquelles il est appelé à se prononcer, soit dans un sens soit dans l'autre. Pratiquement ce sera par cooptation beaucoup plus que par exercice d'un vote que se feront les élections dans une telle situation.

2) L'assemblée de délégués réduit aussi considérablement l'importance du droit de vote dans une coopérative tant soit peu importante. L'assemblée générale, éventuellement décomposée en assemblées territoriales, n'y jouera plus que le rôle d'organe de nomination des délégués. Le droit de vote de chacun des membres se réduira, en principe, à élire les délégués. Le droit de vote du membre est pratiquement supprimé dans la coopérative réservant toutes les compétences de l'assemblée générale usuelle à une assemblée de délégués. — Et dans la fédération de coopératives nous assistons à un bouleversement total des principes traditionnels. L'exception y devient règle : l'assemblée de délégués est l'organe législatif normal de la fédération, la disposition impérative que chaque sociétaire a une voix y devient subsidiaire [18]).

Ces deux seuls exemples nous permettent déjà de déduire la relativité d'une disposition impérative dans le droit coopératif : à une structure de société différente correspond une organisation différente. Les droits acquis, déjà assez difficiles à déterminer concrètement dans la société anonyme, devront se déterminer dans le domaine coopératif de coopérative en coopérative, chacune d'elles ayant un caractère propre et chacune d'elles jouissant en principe d'une grande liberté d'organisation.

Nous ne pouvons parler, dans les coopératives, du droit de vote du sociétaire comme d'un droit acquis inaliénable, comme nous employons le terme générique de droit acquis pour désigner le droit de vote de l'actionnaire. Le droit acquis, notion fixe, rigide et uniforme, trouve son cadre naturel dans le moule de la société anonyme. La diversité des règles d'organisation dans les coopératives s'oppose à un caractère uniformément acquis du droit de vote dans ces institutions.

La cooptation, introduite dans une grande coopérative d'assurance concessionnaire, ne nous semble donc pas léser un tel droit acquis du sociétaire.

IV.

Tout droit du membre n'est qu'un « Hilfsrecht »

Il nous paraît utile d'insister encore sur la nature des droits dont se trouve être titulaire le membre de toute personne morale.

---

18) Egger, Revision, p. 224a; Feuille fédérale, 1928, p. 330.

Nul droit n'est, en soi, inaliénable. C'est la loi ou la jurisprudence qui lui donnent ou qui lui reconnaissent cette qualification. Le droit du membre n'est que le réflexe de la finalité institutionnelle et le moyen de réaliser celle-ci [19]).

Le droit de vote, comme tout autre droit du membre, n'est qu'un «Hilfsrecht», une fonction de la personne morale, une goutte d'huile dans son rouage. Lorsqu'il se révèle nuisible ou inutile, pourquoi s'opposer à sa suppression? Le principe démocratique n'est pas un principe absolu dans notre droit des sociétés, les soi-disant droits qui en découleraient le sont encore bien moins que lui.

Ce dont il s'agit, c'est de sauvegarder la poursuite du but social et d'assurer le traitement égal de tous les associés.

Partant de ces considérations, nous n'admettons pas le caractère inaliénable du droit de vote du membre d'une coopérative d'assurance concessionnaire, et nous soulignons l'utilité que présente la cooptation dans ce genre de société [20]). Nous ne voyons aucun obstacle à ce que les membres constituant l'assemblée générale renoncent à exercer certains de leurs droits et transmettent par une décision sociale tout ou partie de leurs attributions à un autre organe statutaire, pourvu qu'il n'en résulte pas d'inégalité de traitement entre les associés [21]) et que le but social ne soit pas abandonné à l'arbitraire de cet organe. Ainsi une assemblée générale renoncera-t-elle valablement, selon nous, à exercer son droit de nommer les administrateurs, en confiant ce droit à l'organe à nommer lui-même.

---

19) En ce sens : Vollenweider, Beiträge, p 51, 53: «Wir leugnen die Rechtssubjektivität des Mitgliedes als solche. P. 53-4: «Im Verband regiert durchgehends und lückenlos der Verbandswille. . .» Le «Korporationsglied» n'est que «Willensbildner der Universitas». Cependant p. 84: «Das Mitglied soll genau wissen, wie weit die jur. Person es gefangen halten darf. . .»

20) V. Ehret, Das bes. Mitgliedschaftsverhältnis in Vers-Gen., p. 104, qui soutient le contraire : «Der Art. 880 (ancien CO) ist neben der Delegiertenversammlung keine Notwendigkeit mehr».

21) Landolt, Beiträge, p. 56 : «. . . die Mitglieder können jederzeit auf ihr Recht, sich mittelst der G. V. an der Verwaltung mitzubeteiligen, verzichten. . .»

V. aussi: Ab-Yberg, Haftung der Genossenschafter, p. 140-1, dit, en parlant des pouvoirs étendus de l'administration de la faillite : «Die Konkursverwaltung ist eben nicht so sehr als gesetzliche Vertreterin der Einzelgläubiger tätig, als vielmehr das Organ der Gesamtgläubigerschaft.»

La cooptation se révèlera surtout utile et licite dans le cas de la coopérative d'assurance concessionnaire où le risque d'abus de la part de l'administration est réduit à un strict minimum.

V.

Conclusions

A la fin de ce chapitre, résumons nos impressions :

La disposition impérative a essentiellement pour but de protéger les droits individuels du membre, c'est-à-dire ceux qu'il n'a pas aliénés par son incorporation dans le groupement, les droits de minorités, de tiers (créanciers), souvent aussi les droits de l'institution elle-même [22]). La notion de prescription impérative est, en soi, plus vaste que celle de droit acquis et englobe cette dernière notion, mais entre les deux il n'existe aucune différence de nature. Tout au plus pourrions-nous distinguer les deux en disant que la prescription impérative de la loi est un terme générique désignant toutes les dispositions iuris publici [23]), alors que le caractère impératif du droit acquis ressortit très souvent à une subtile casuistique soit doctrinale, soit surtout jurisprudentielle [24]).

Il n'est pas rare que l'Etat remplace par de véritables mesures de droit public ce qu'il aurait pu confier, sur le terrain du droit civil, à des droits impératifs du membre de telle ou telle société. L'une comme l'autre de ces mesures n'est instituée, très souvent, qu'en fonction de la finalité propre de l'institution, en vue de sa protection effective. Ainsi en va-t-il dans la société coopérative d'assurance concessionnaire.

Il ne peut être question, dans une telle institution, de droits acquis dans le sens de droits ne pouvant être enlevés à leur titulaire sans leur consentement et protégeant essentiellement un intérêt d'ordre pécunier du membre, tel que, dans la société anonyme, le

---

22) V. par ex. sur les intérêts dignes de protection : Egger, Komm. zum ZGB (I, Art. 69, 2b), p. 411. Siegwart, Komm., V. 5a, p. 81 ss, 104 ss, Vollenweider, Beiträge, p. 76; Arbenz, GWU, p. 332 ; Schindler W., Zuständigkeitsabgrenzung, p. 20-1. Michoud, lui aussi, Théorie de la personnalité morale, II, p. 11, parle de «rapports régis à la fois par la législation intérieure du groupe et par la législation extérieure au groupe qui protège contre lui les droits individuels des membres.»

23) Or, jus publicum privatorum pactis mutari non potest. V. Burckhardt W., Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 36-7.

24) Deuxième rapport sur la révision des titres 24 à 33 du code fédéral des obligations (Projet II), p. 41-2: «Leur étendue (des droits acquis) est très diversement fixée et si, par exemple, certains droits peuvent être des droits acquis, il n'est pas certain qu'ils aient cette qualité dans un cas donné». V. aussi Landolt, Beiträge, p. 9. D'après lui, c'est le «innere Moment» qui doit être le critère du caractère impérieux de la loi. V. ibid. p. 6-7, 55-6.

droit au dividende et à la part de liquidation. En effet, le droit du membre à la prestation d'assurance, droit d'ordre financier et patrimonial, est assimilé et identifié en tous points à celui du tiers créancier de la société, jouit donc des mêmes garanties que celui-ci [25]). Ce droit du membre de la coopérative d'assurance concessionnaire est arrêté, fixé et protégé suffisamment soit par la loi sur le contrat d'assurance, soit par toute la législation spéciale de police sur l'exploitation des entreprises d'assurance en Suisse et sur les garanties à fournir par elles [26]). La ratio legis n'exige pas le caractère acquis de ce droit ; cette qualification serait en l'occurence superfétatoire.

Le droit de vote du membre n'a pas non plus le caractère de droit acquis dans le sens d'un droit inaliénable inhérent à la qualité de sociétaire [27]), car, là comme dans toute personne morale, la sauvegarde effective de la finalité institutionnelle a le pas sur des droits sociaux inaliénables plus théoriques que pratiques. Un droit de vote acquis du membre ne s'impose que dans la mesure où il contribue, comme «Hilfsrecht», à la protection efficace du but social, dans la coopérative d'assurance donc essentiellement à la protection véritable des droits d'ordre patrimonial découlant du lien d'assurance reliant le membre à son institution. La législation spéciale en matière d'assurance rend, là aussi, superflu le caractère acquis du droit de vote du membre d'une grande coopérative d'assurance.

Concluons donc : Le droit d'élire les membres de l'administration de la personne morale n'est pas protégé, dans la société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de 1000 membres, par un droit acquis et inaliénable du membre. Toute restriction ou suppression de ce droit qui se révèlera plus utile que nuisible pourra, de lege ferenda, faire l'objet d'une simple décision majoritaire de la société dans l'assemblée générale, sans léser pour cela aucun droit acquis du membre. L'organe compétent pourra sans autre transférer les pouvoirs qu'il détient normalement à un organe plus à même de les exercer. Si elle a été prise dans les formes statutaires, cette décision est irrévocable. Seul l'organe

---

25) Nous pouvons assimiler la créance de l'assuré au droit au dividende de l'actionnaire, simple créance, née dans la personne de l'actionnaire et susceptible d'être produite par le porteur du coupon dans la faillite de la société, dès le moment où le montant de ce dividende a été déterminé concrètement par une décision sociale.

26) V. chapitre suivant.

27) Gutzwiller, Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, dans Festschrift, p. 254, va même jusqu'à dire : «Die wohlerworbenen Rechte des Genossen haben mit denen des Aktionärs nur den Namen gemein. . . .»

compétent pour réviser les statuts de la personne morale pourra provoquer un retour des compétences cédées à l'organe cédant [28]).

La cooptation nous apparaît donc sous un jour parfaitement licite dans la coopérative d'assurance concessionnaire et, seule, «zweckmässig», comme principe d'organisation dans cette institution. Il est indéniable, en effet, qu'une grande fluctuation dans l'effectif des membres de cette société exige une grande continuité dans l'administration.

CHAPITRE SEPTIEME

Les garanties extra-institutionnelles du but social: La loi sur le contrat d'assurance et la surveillance officielle

La nature spéciale du lien d'assurance et son importance sociale dans l'économie générale du pays nécessitent également l'intervention de l'Etat dans ce domaine. Cette intervention provoque tout naturellement une répercussion sur la structure interne de l'une ou de l'autre des entreprises soumises à ce droit de regard de l'Etat dans le domaine des assurances privées. In casu, elle rendra licite l'institution de la cooptation dans une grande coopérative d'assurance concessionnaire.

Cette intervention est parfaitement justifiée. Elle l'est d'abord par le fait que le preneur ou l'ayant-droit ne jouit pas d'une position très forte vis-à-vis de l'assureur qui lui propose des formules d'assurance établies unilatéralement par la société. Sans surveillance aucune, la société pourrait être tentée de constituer des réserves trop faibles en faveur des créances futures des assurés.

Elle l'est encore, parce que l'assurance privée est d'une importance vitale pour l'économie suisse et qu'elle accapare une partie importante de l'épargne nationale.

---

28) Si l'assemblée générale, en conférant à l'administration le droit de se recruter elle-même, lui a en même temps conféré le droit de réviser les statuts, il est évident que l'administration sera le seul organe compétent pour juger de l'opportunité de la réintroduction des pouvoirs normaux de l'assemblée générale des membres. Si elle a gardé le pouvoir de modifier les statuts, rien ne l'empêche alors de reprendre par une décision majoritaire les droits conférés auparavant à un autre organe. Ce n'est que dans cette dernière éventualité que nous pouvons suivre Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 225, lorsqu'il estime que l'assemblée générale pourrait reprendre les droits dont elle s'est dépouillée en faveur d'un autre organe.

§ 1.

La loi sur le contrat d'assurance

Vu la complexité et la spécialité du lien d'assurance, qui met aux prises une partie censée faible, donc digne de protection juridique renforcée, et l'entreprise d'assurance, considérée comme maîtresse de ses conditions, le législateur fédéral s'est vu obligé d'édicter sur le terrain civil une législation spéciale sur les rapports d'assurance. La loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 est née ainsi [1]).

Cette législation se caractérise par de multiples dispositions impératives, précisées aux articles 97 et 98 de la loi. Le droit impératif ne tolère pas, en principe, de conventions dérogatoires, vu les intérêts publics à protèger, et est applicable à tous les contrats pour lesquels il a été établi. La LCA, cependant, classe aussi sous cette rubrique les dispositions ne pouvant être modifiées par convention au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant-droit. Ces dernières dispositions ne sont donc absolues que dans la mesure où elles interdisent des conventions contraires à l'intérêt de la partie la plus faible au contrat. Le droit impératif contenu dans la loi sur le contrat d'assurance offre donc au preneur d'assurance une protection légale «précieuse et essentielle » [2]).

Le lien d'assurance constituant le lien social dominant du membre de la coopérative d'assurance concessionnaire, une protection efficace du lien d'assurance par la LCA assure par là-même une protection effective du lien de sociétariat du membre assuré à son institution. Tant sur le plan contractuel que sur le plan social (le plan contractuel étant «institutionnalisé», pour nous, dans la coopérative d'assurance) le coopérateur voit donc ses intérêts protégés très efficacement par la limitation accentuée de la liberté des conventions particulières dans les rapports d'assurance.

Les différentes dispositions impératives disséminées dans la LCA ne diffèrent pas, de par leur nature, des mesures de droit public proprement dites de l'Etat. L'impérium du souverain les revêt toutes deux. Elles ont été inspirées par le même souci du bien commun et de l'ordre public qui a également poussé le législateur à soumettre l'exploitation de l'assurance privée en Suisse à l'autorisation et à la surveillance de la Confédération.

---

1) V.: exposé des motifs au projet Roelli de 1896, procès-verbaux des différentes commissions d'experts (sous-commission juridique, économique et technique, et commission plénière), message de 1904 du Conseil fédéral et bulletins sténographiques officiels sur les délibérations au CN et au CE des années 1905 et 1907.

2) Koenig, Droit des assurances, p. 33.

C'est l'examen très bref de cette surveillance officielle et de sa fonction qui fera l'objet des considérations suivantes.

§ 2.

La surveillance officielle

I.

Sedes materiae

La Suisse a été l'un des premiers pays à édicter des mesures de surveillance sur les entreprises d'assurance privées, l'assurance «sortant de la classe commune des transactions entre citoyens» et ne permettant aux associés «aucun moyen efficace et réel de surveillance» [3]). Remarquons que cette législation de police ne touche pas les rapports de droit civil entre l'entreprise et ses assurés [4]), mais concerne uniquement des rapports de droit public s'établissant entre l'Etat et les entreprises d'assurance opérant en Suisse et soumises de ce fait à sa surveillance [5]). Notamment, elle n'enlève pas à l'institution son caractère privé [6]).

Nous trouvons la sedes materiae dans :

1) La loi de surveillance proprement dite (LS), qui constitue la base de toute cette législation. C'est la loi fédérale du 25 juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance.

2) La loi fédérale du 4 février 1919 sur les cautionnements des sociétés d'assurance (LCaut).

---

3) Pic, Des sociétés commerciales, tome III, p. 442-3, (tontines).

4) LS, art. 13: «Les tribunaux prononcent sur toutes les contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises ou entre celles-ci et les assurés ou les personnes qui ont conclu une assurance — et cela même en cas de retrait de la concession.»

5) L'exposé des motifs précédant la loi française du 15 février 1917 s'exprime ainsi: «La loi institue uniquement une surveillance d'ordre juridique et administratif destinée non pas à intervenir dans les libres conventions des parties, mais à empêcher des abus nuisibles à notre sécurité et à notre prospérité nationales.» (cité dans: Brasseur, Statut des soc. d'ass. étrangères en France, p. 33). Stutz, Sicherstellung, p. 1: «Das Aufsichtsrecht regelt somit das Verhältnis zwischen Versicherer und Staat und bildet den öffentlich-rechtlichen Teil des Privatversicherungsrechts.» — Sont cependant exceptées de cette surveillance (art. 1er, al. 2, LS) les «associations dont le champ d'exploitation est localement restreint» et auxquelles l'autorité de surveillance a assimilé jusqu'à présent celles dont le cercle des assurés est limité. V. Koenig, Droit des assurances, p. 17.

6) Burckhard, Organisation, p. 324-5: «Was den privaten Verband vom öffentlichen unterscheidet, sind nicht diese sekundären Pflichten...» (c.-à-d. la soumission aux lois de police de l'Etat).

3) La loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie (LGar).

4) Assurant l'exécution de ces trois lois, l'Ordonnance du 11 septembre 1931 sur la surveillance des entreprises d'assurances privées, qui a remplacé et révisé celle de 1921, la première en la matière.

5) L'arrêté du Conseil fédéral du 11 septembre 1931 sur les opérations d'acquisition en Suisse des sociétés d'assurances sur la vie, l'arrêté du Conseil fédéral du 17 décembre 1931 sur l'assurance par abonnement à un périodique et l'arrêté du Conseil fédéral sur l'assurance de la protection juridique du 1er juin 1945 viennent encore compléter cette série de lois.

II.

Quelques garanties accordées par les lois de police

Pour le besoin de notre étude, nous nous contenterons de relever quelques-unes des garanties accordées par ces lois au cercle des assurés, et par là aux coopérateurs ayant droit à des prestations d'assurance sur territoire helvétique.

1) *L'autorisation d'opérer en Suisse.* L'autorisation d'exploiter l'assurance en Suisse n'est pas une concession [7]), terme cependant communément employé, même par le BFA [8]). Elle est une simple autorisation de police, constatant que l'entreprise requérante remplit toutes les conditions posées par la loi de surveillance (art. 2/3, LS) et que rien ne s'oppose à ce qu'elle exerce son activité en Suisse. La Suisse ne connaît pas la clause de besoin en ce domaine. Cette simple autorisation fédérale ne confère pas, dans notre droit, la per-

---

7) Alors que la concession consiste dans le fait que la loi permet aux autorités administratives d'autoriser un particulier à exercer une activité monopolisée, soit en concurrence avec l'administration publique, soit à ses lieu et place (Fleiner, Droit administratif allemand, p. 212) et dépend du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, l'autorisation de police confère au citoyen un droit subjectif à l'autorisation, lorsque aucun des obstacles de police prévus par la loi ne s'oppose à l'exercice de son activité (Fleiner, loc. cit., p. 249).

8) Relevons cependant le fait suivant: Dans la rédaction française du dernier rapport du BFA (1949, publ. 30 mars 1951), le texte correspondant à l'allemand: «Hat auf die Konzession verzichtet», est exprimé par: «A renoncé à l'autorisation d'opérer.»
V. aussi : Haymann, Surveillance, p. 54; Fiche 52 de la cartothèque juridique suisse (Assurances privées): «L'obligation de solliciter une concession présente le caractère d'une mesure de police pour l'entreprise.» La mesure de police a pour but de protéger une «Gefahrengemeinschaft» (Gierke, J. v., Vers.-Vereine a. G., p. 42) à l'aide de l'impérium de l'Etat, «débiteur de sécurité envers ses sujets en raison de son pouvoir de police» (Haymann, loc cit., p. 15).

sonnalité à la société, celle-ci pré-existant à sa requête et reposant chez nous sur une grande liberté dans la faculté de créer des personnes morales de tous genres [9]).

Le Conseil fédéral, prenant en tout temps les décisions qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt général et dans celui des assurés (art. 9, LS) pourra interdire à l'entreprise de faire de nouvelles opérations, dès que celle-ci n'offre plus à l'assuré la garantie nécessaire et qu'elle n'apporte pas, dans le délai fixé, à son organisation ou à sa gestion les modifications réclamées par le Conseil fédéral. Si l'autorisation a été retirée ou si l'entreprise y a renoncé, le cautionnement ne lui sera restitué que si elle prouve qu'elle a liquidé tous ses engagements en Suisse, et après une publication faite dans les formes légales et dans les feuilles que désignera le Conseil fédéral.

Un rapport annuel publié par le Conseil fédéral (art. 12, al. 1, LS) avec l'aide du BFA augmente la publicité et par là-même la sécurité dans le domaine de l'assurance privée, en renseignant le public sur la situation des entreprises.

Des dispositions spéciales en matière de for (art. 2, ch. 4, LS) ainsi que l'obligation de l'entreprise d'assurance de soumettre toute modification dans son plan d'exploitation à l'approbation du BFA (art. 4, LS) viennent encore améliorer et raffermir la situation de l'assuré.

Des dispositions pénales et la traduction, d'office ou sur plainte, des contrevenants devant les tribunaux pénaux cantonaux (art. 11, LS; art. 19 et 20, LCaut; art. 31, 32, 33 et 34, LGar; art. 55 de l'Ordonnance de 1931) répriment, de leur côté, les infractions aux lois de police en matière d'assurance.

Le recours de droit administratif au Tribunal fédéral est toujours ouvert aux entreprises touchées par des décisions prises par le département de justice et police ou par le BFA en vertu de la loi de surveillance, de la loi sur les cautionnements et de la loi sur les garanties [10]) ; seul n'est pas recevable le recours de droit administratif en cas de refus de l'autorisation d'exploiter une entreprise (art. 99, VII, 1er al., OJ.). Cette exception nous fait toucher du doigt que le refus de l'autorisation fédérale peut se baser assez facilement, surtout en temps de troubles, sur des considérations po-

---

9) Il en est autrement en droit allemand, selon Gierke, J. v., Versicherungsvereine a. G., p. 16: «Mit der Erlaubnis erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit.»

10) Stutz, Sicherstellung, p. 19 : « Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde . . . verwirklicht das alte Postulat des «ausreichenden Rechtsschutzes gegen die Allmacht der Aufsichtsbehörde».

litiques non susceptibles d'être discutées devant un tribunal, fût-il fédéral. Nous ne tombons pas, de ce chef, dans le domaine de la «concession».

2) *La surveillance et le contrôle périodiques.* Une fois l'exercice écoulé, les sociétés doivent présenter chaque année au BFA un compte-rendu (art. 5, LS), accompagné du compte annuel et du bilan (art. 6, LS). Elles sont aussi tenues de donner toutes autres informations utiles à l'autorité de surveillance, si cette dernière le requiert (art. 8, LS). Les révisions de statuts, elles aussi, doivent être communiquées au BFA qui vérifie leur conformité à la loi. L'autorité de surveillance possède un droit de regard dans les livres et contrôles et aussi dans toutes autres pièces concernant l'exploitation de la société.

Rappelons en deux mots l'organisation et le fonctionnement de l'autorité de surveillance en matière d'assurances privées: L'autorité de surveillance immédiate est le Bureau fédéral des assurances à Berne, créé par le Conseil fédéral dès le 1er janvier 1886 pour examiner les demandes d'autorisation d'opérer, ainsi que pour le charger de la surveillance périodique des sociétés d'assurances exerçant leur activité en Suisse [11]).

Il est une autorité purement administrative et relève du département de justice et police. Tout un état-major d'experts techniques, économiques et juridiques lui permettent d'accomplir sa tâche délicate d'une manière qu'on peut qualifier d'exemplaire. Pendant toute l'année ses équipes d'experts procèdent aux vérifications légales chez les entreprises d'assurance soumises à son contrôle.

3) *Les cautionnements et les fonds de sûreté.* Chaque société d'assurance concessionnaire (ou autorisée) est tenue de garantir dans une certaine mesure son porte-feuille suisse. Les sociétés doivent déposer un cautionnement spécial pour chaque branche d'assurance exploitée par elles. Les sociétés suisses d'assurances sur la vie sont obligées de constituer, en plus d'un cautionnement de 20.000 fr. (art. 45, al. 2, de l'Ordonnance de 1931), un fonds de sûreté. Son importance dépend des réserves mathématiques des contrats en cours, et il est majoré d'un montant constituant une garantie supplémentaire [12]).

---

11) Stutz, loc. cit., p. 18, constate avec nous: «. . . Als entscheidende Instanz wird in der Aufsichtsgesetzgebung regelmässig der Bundesrat bezeichnet.»

12) Nous n'insistons pas sur le statut des sociétés étrangères opérant en Suisse, bien que de nombreuses dispositions y soient consacrées dans les différentes lois de surveillance (LS, LCaut, LGar, et Ordonnance). Ainsi, par exemple, le débit du cautionnement, pour l'assurance sur la vie pratiquée par une société étrangère en Suisse, est égal à la somme constituant le débit du fonds de sûreté de la

Le cautionnement est constitué par le dépôt de valeurs à la Banque nationale suisse à Berne, à moins que le département de justice et police ne désigne un autre lieu de dépôt (art. 34, al. 1 de l'Ordonnance). Il est affecté à garantir les créances résultant de contrats d'assurance que la société est tenue d'exécuter en Suisse. Il garantit également les créances de droit public se fondant sur les amendes prononcées en vertu des lois de surveillance (art. 2, LCaut).

Le fonds de sûreté est constitué tout simplement en y affectant les valeurs prévues à cet effet. Les sociétés suisses d'assurances sur la vie sont dispensées de le déposer à la Banque nationale suisse, mais elles doivent cependant tenir séparés du reste de leur fortune les biens qui y sont affectés et les inscrire dans une registre spécial ad hoc, dit registre des sûretés. L'affectation d'immeubles est annotée au registre foncier, cette annotation comportant une restriction du droit d'aliéner au sens de l'article 961 du code civil (art. 7, Lbar). Les biens sont réputés appartenir au fonds aussi longtemps qu'ils sont inscrits dans le registre des sûretés, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi (art. 8, LGar).

Cautionnement et fonds de sûreté déploient, les deux, des effets semblables à ceux d'un droit de gage. Du reste, leur nature juridique ne s'en distingue guère, si ce n'est qu'ils font l'objet de dispositions de droit public, alors que le droit de gage ordinaire trouve sa réglementation dans la législation civile. Le «cautionnement» des sociétés d'assurance déposé à la Banque nationale suisse ne constitue-t-il pas, au fond, un véritable gage mobilier constitué par le débiteur en faveur d'un cercle de créanciers entre les mains d'un tiers, et le fonds de sûreté des sociétés suisses ne présente-t-il pas une étonnante analogie avec notre hypothèque mobilière sur le bétail (constitution du gage sans transfert de possession, inscription dans un registre, avis à l'autorité compétente) ? [13])

---

société suisse (art. 40, Ordonnance). — D'une façon générale, nous assistons au phénomène suivant dans les sociétés étrangères opérant en Suisse, comme dans les sociétés suisses opérant à l'étranger: Le patrimoine de chacune de ces sociétés se scinde en quelque sorte en deux, chacun d'eux garantissant les créances résultant de contrats d'assurances sur un territoire déterminé. L'art. 2, LGar, en tient compte, lorsqu'il dispose : «La société n'est pas tenue de garantir conformément à la présente loi ses porte-feuilles d'assurances étrangers pour lesquels :

1° elle doit constituer des sûretés à l'étranger;

2° elle est autorisée par le Conseil fédéral, sur la base de son plan d'exploitation, à conserver à l'étranger les biens destinés à l'exécution de ses obligations résultant d'assurances.»

13) Le cautionnement qu'est obligée de déposer toute société d'assurance en Suisse n'est pas un cautionnement au sens technique de l'art. 492 CO. Celui-ci, en effet, met en présence trois sujets de droit différents : le créancier, le débiteur et la caution qui garantit

Cautionnement et fonds de sûreté sont affectés à la couverture d'une créance future et incertaine. Les deux constituent une masse de biens affectée à une masse de créanciers éventuels. En cas de faillite, les assurés peuvent donc s'en prendre à ces biens pour couvrir leurs créances tout en conservant un privilège, puisqu'ils sont colloqués en troisième classe pour la partie non couverte de leurs créances (art. 16, 17, LCaut; art. 14, 26, LGar.).

Ces droits de gage contribuent aussi d'une façon éminente à éviter une liquidation de la société par voie de faillite. Si les intérêts des assurés paraissent menacés, des mesures conservatoires s'imposent à l'autorité de surveillance pour rétablir la situation de l'entreprise menacée. Eventuellement elle ira jusqu'à convoquer une assemblée générale ou tout autre organe social ayant qualité pour prendre toutes décisions concernant ces mesures (art. 14, LCaut ; art. 15, LGar). Si l'assainissement ne paraît plus possible, l'autorité de surveillance peut ordonner ou permettre, selon le cas, le transfert du porte-feuille de la société garanti par un cautionnement ou par un fonds de sûreté à une autre entreprise, avec droits et obligations, ou bien elle pourra le faire liquider par la Confédération sur la base des contrats d'assurances (art. 8, 9, 10, 18; art. 15, 16, 17, 27, 28, 30). Dans une société suisse ne pratiquant pas l'assurance sur la vie, le Conseil fédéral ordonne la liquidation conformément au code des obligations (art. 15, LCaut).

L'autorité de surveillance jouit donc de pouvoirs très étendus dans la manière de liquider une entreprise d'assurance soumise à sa surveillance. Le transfert de porte-feuille opéré d'office par

---

le débiteur (Guhl, Le code féd. des oblig., p. 341). Dans le gage, c'est généralement le débiteur lui-même qui fournit la garantie ou qui, du moins, a la possibilité de la fournir. Or, c'est bien ce à quoi nous assistons dans la législation de surveillance en matière d'assurances: c'est le débiteur lui-même qui constitue une sûreté «réelle» en faveur d'une créance future. — Ce cautionnement des sociétés d'assurance ne diffère pas non plus de celui qu'est obligé de déposer lui-même un officier public dès son entrée en fonction. Par contre, nous avons affaire à un véritable cautionnement à l'art. 512 CO, qui traite du cautionnement d'officiers publics et d'employés. Là, en effet, la caution se distingue de la personne du débiteur. — Dans le même sens, Brodtbeck, Daeppen, Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch (1934): Art. 884. III. Kaution. P. 554: «Auch wo die Pflicht zur Kautionsleistung im öffentlichen Recht begründet ist, beurteilen sich die durch die erfolgte Kautionsleistung begründeten rechtlichen Beziehungen nach Zivilrecht, und zwar nach den Regeln des Pfandrechts. Das Pfandverhältnis tritt als privatrechtliches Nebenverhältnis neben das öffentlich rechtliche Verhältnis. Bei dessen Dahinfallen, ohne dass es pfandgesicherte Forderungen zur Folge gehabt hätte, entsteht ein Recht des Bestellers auf Rückgabe der Kaution nach den Regeln des Zivilrechts, gleichgültig, von wem das Pfand (in eigener oder fremder Sache) bestellt worden sei, 51, II, 280.»

l'autorité de surveillance ne fait-il pas fi de l'article 176 CO (une procédure d'opposition de la part du créancier est, seule, prévue à l'art. 18. LCaut, qui traite du transfert volontaire du porte-feuille suisse), et l'autorité de surveillance n'a-t-elle pas, dans l'assurance-vie, jusqu'au droit de modifier les conditions des assurances garanties par le fonds et de réduire les créances résultant des contrats ou des parts de bénéfices créditées, donc de provoquer une véritable modification des contrats d'assurance dans les cas prévus par la loi (art. 29, LGar) ?

Cette législation de droit public, dont nous venons d'extraire quelques-unes des dispositions les plus saillantes, permet aux bénéficiaires de contrats d'assurance d'avoir la certitude que le capital constitué par les primes ou par les cotisations couvrira le risque prévu à la police.

III.

Double aspect de la surveillance officielle

Quel est le rôle et quelle est la fonction de cette surveillance officielle du Bureau fédéral des assurances à Berne ?

1) *La surveillance officielle est une mesure de police.* Prise dans son cadre législatif (LS, LCaut, LGar et Ordonnance), elle nous apparaît évidemment comme une mesure de police et de droit public. Par toute son activité, mais surtout par la surveillance et le contrôle périodiques des entreprises soumises à son droit de regard, l'autorité de surveillance sert des intérêts éminents de la communauté nationale : la protection de certains intérêts pécuniaires et financiers d'une classe nombreuse de la population, engagée dans des liens d'assurances privés. Ces intérêts des assurés, assez importants pour avoir appelé la protection de l'Etat et de ses lois de police (n'avons-nous pas déjà dit que l'assurance-vie, par exemple, accaparait une partie importante de l'épargne nationale ?), bénéficient par là-même d'une protection accrue.

Nombreuses sont les législations qui ont déclaré la protection des assurés sur le territoire national d'«ordre public» [14]). Les inté-

---

14) Brasseur, Statut des soc. d'ass. étrang. en France, p. 80: «. . . toutes les mesures prises par l'Etat pour restreindre la liberté d'action de l'entreprise d'assurance étrangère en France ne l'ont été que dans l'intérêt des assurés ou bénéficiaires des contrats.» Les règles statutaires relatives à la forme et à la constitution de la société étrangère suivent en principe le statut personnel de la société, mais «seulement dans la mesure où (ces dispositions) . . ne sont pas contraires aux intérêts de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat.» (Brasseur, loc. cit., p. 72). En Espagne, aussi, «les Sociétés d'as-

rêts engagés dans le domaine de l'assurance privée sont trop importants pour pouvoir se passer du droit de police du souverain et de sa «tutelle administrative» réglementant le fonctionnement des entreprises d'assurance opérant sur son territoire.

Ainsi la surveillance officielle remplit-elle une fonction éminemment publique et d'intérêt national.

2) *Rôle compensatoire de la surveillance officielle.* Mais la surveillance officielle du BFA est encore susceptible de remplir une autre fonction. Tel sera le cas, dans le cadre de notre étude, dans une grande coopérative d'assurance concessionnaire, où la qualité de membre s'acquiert et se perd, en fait, par la conclusion et la fin d'un contrat d'assurance (le contrat d'assurance étant toutefois assimilé, pour nous, à un lien social et corporatif proprement dit).

Là, son rôle ne se bornera pas à remplir une fonction d'ordre public, elle ne se contentera pas de protéger d'une manière tout à fait générale les intérêts de tout un cercle d'assurés sur territoire helvétique, elle assurera également au membre d'une coopérative d'assurance importante une garantie d'ordre corporatif, puisqu'elle remplit, et combien plus efficacement qu'elle, la fonction d'une assemblée générale aux pouvoirs inaliénables, mais en fait purement formels. La garantie offerte par la surveillance officielle au coopérateur dépasse de loin celle que pourraient procurer au membre d'une coopérative d'assurance concessionnaire les droits absolus d'une assemblée générale [15]). Les droits «acquis» du membre aux prestations résultant du lien d'assurance trouvent un traitement plein de sollicitude dans les différentes lois de surveillance, spécialement dans la LCaut et dans la LGar; ils se passent aisément de «Hilfsrechte» corporatifs inaliénables. A considérer la ratio legis des droits acquis du membre dans une personne morale, il faut donc nier ce caractère de droit acquis inaliénable au droit de vote du sociétaire d'une grande coopérative d'assurance. La surveillance officielle du BFA supplée dans une telle société à une assemblée générale déficiente.

---

surance sur la Vie, basées sur la mutualité, peuvent respecter les règles de leurs statuts, relatives aux assemblées générales, à leur constitution et à leur fonctionnement, mais ces statuts ont dû être préalablement examinés par l'Inspection des Assurances espagnoles et ils ne peuvent avoir d'effet (malgré leur validité aux yeux de la loi nationale) que dans la mesure où ils ne s'opposent pas aux lois et règlements en vigueur en Espagne.» (Brasseur, loc. cit., p. 209).

15) Kummer, Gleichbehandlung der Gen., p. 80: «Sie (die Aufsichtstätigkeit durch das eidgenössische Versicherungsamt) nimmt die Interessen der versicherungsnehmenden Genossenschafter wirksamer wahr, als diese selbst es zu tun vermöchten...»

La nature et le caractère de l'entreprise postulent, in concreto, en faveur d'une administration aux compétences étendues. Dire que l'administration de la personne morale, disposant de pleins pouvoirs, a toute latitude pour modifier les statuts à sa guise, c'est évoquer des craintes hypothétiques, voire polémiser, car toute révision des statuts de la société d'assurance concessionnaire est soumise en fait à l'approbation du BFA qui vérifie sa conformité à la loi et sa nécessité eu égard au but poursuivi par l'entreprise.

Nous assistons ici à un phénomène compensatoire, combiné dans une certaine mesure avec le principe de subsidiarité.

Dans la société anonyme comme dans la société coopérative d'assurance d'une certaine ampleur se dessine progressivement une extension des pouvoirs de l'administration. La cooptation souligne cette évolution dans la société coopérative d'assurance concessionnaire où l'assemblée générale a transféré son pouvoir d'élire les administrateurs à l'administration elle-même.

Mais alors que le contre-poids de cette puissance de l'administration repose dans les droits acquis des actionnaires et dans les droits inaliénables de l'assemblée générale dans la société anonyme [16]), il se révèle qu'une telle compensation serait tout à fait inapte à protéger et à sauvegarder avec efficacité le but social véritable et les droits sociaux des coopérateurs assurés dans la société coopérative d'assurance concessionnaire.

C'est alors que joue le principe de subsidiarité dans cette coopérative. La communauté plus grande se chargeant de tâches que n'arrive pas à mener à chef la communauté plus petite, la communauté publique, en l'occurence la communauté nationale, a pris sur

---

16) Ainsi l'art. 721, II CO dispose-t-il: «L'administration est autorisée à prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées ou réservées à l'assemblée générale ou à d'autres organes sociaux.» L'art. 698, par contre, attribue à l'assemblée générale des compétences dont elle ne saurait se séparer (ni avec ni sans son assentiment), cette disposition faisant ainsi contrepoids à la présomption de compétence en faveur de l'administration à l'art. 721. Pic ne disait-il pas déjà (Des sociétés commerciales, Tome I, p. 99 ss) que «le corps des actionnaires devait faire contrepoids aux entreprises téméraires ou coupables des créateurs ou administrateurs de l'affaire»? — Le Bulletin sténographique, CN, 1934, dit ceci : «En présence d'une telle importance de l'administration (la présomption précitée), le projet voue des soins particuliers à l'éligibilité des membres de l'administration.» (p. 335). Et Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, p. 120, souligne d'une manière tout à fait générale que les détenteurs du pouvoir tendent toujours à en abuser et dit : «Wurde man dieses Gegensatzes bewusst, so war es ein Postulat richtigen sozialen Empfindens, wenn das Recht des Individuums gegenüber dem Missbrauch des Vertreters der Gemeinschaft zur Anerkennung gebracht werden sollte.»

elle le rôle de surveillante suprême de la gestion sociale dans l'entreprise coopérative, fonction remplie dans la société anonyme par une assemblée générale aux pouvoirs déterminés et absolus, par sa surveillance vraiment remarquable des entreprises d'assurance et de leur activité. — Coopérateurs et simples assurés ne peuvent que se féliciter d'un tel état de chose : leur besoin de sécurité est satisfait.

Nous venons d'examiner les garanties légales et extra-institutionnelles dont jouit le membre d'une coopérative d'assurance concessionnaire, soit dans la LCA, soit dans les lois de police de l'Etat. La protection de l'assuré par la loi de police protège en même temps les intérêts légitimes du coopérateur. Une organisation stricte, rigide et impérative de la structure coopérative se révèle, dans le cas concret, hautement superflue.

Pourquoi, donc, ne pas vouloir accorder à une administration la compétence, et aussi la responsabilité, de se nommer elle-même, alors qu'elle mérite certainement une telle preuve de confiance et que son activité sociale est si étroitement surveillée par un organe de la communauté nationale elle-même ?

Faut-il craindre que le choix des administrateurs par cooptation se fasse arbitrairement, en raison de considérations n'ayant rien à faire avec la finalité intstitutionnelle et la véritable sauvegarde du but social ? Cette suspicion planant sur l'honnêteté des administrateurs et sur la droiture de leurs intentions ne nous semble pas indiquée, sinon déplacée. En effet, la responsabilité des administrateurs nous semble réglée assez sévèrement, soit dans le code des obligations (920, 752 ss CO), soit dans les lois de surveillance (art. 10, 11, LS; 19, 20, LCaut; 31, 32, 33, 34, LGar; 55 Ordonnance), pour ne pas éveiller de telles conjectures et de tels doutes. Et est-ce vraiment osé et anti-juridique de tabler, à titre préventif, sur la confiance susceptible d'être inspirée au coopérateur et membre d'une coopérative d'assurance concessionnaire d'envergure par ses organes dirigeants? Cette confiance se manifestera pourtant d'une façon positive dans la décision sociale émanant de l'assemblée générale elle-même, et par laquelle celle-ci conférera tout ou partie de ses propres compétences à l'administration, par laquelle, en particulier, elle transmettra à l'organe administratif le pouvoir exceptionnel de nommer lui-même ses membres par cooptation.

Nous ne le pensons pas, et les expériences faites jusqu'à ce jour par le BFA avec les sociétés connaissant soit par la pratique, soit en vertu de l'application totale ou partielle de l'article 893 I CO l'institution de la cooptation ne sont pas là pour nous prouver le contraire.

La faculté d'introduire la cooptation dans la société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de 1.000 membres nous apparaît donc sous un jour parfaitement licite ; elle atteste le bon sens juridique dont a fait preuve le législateur fédéral en édictant la disposition de l'article 893 CO.

CHAPITRE HUITIEME

Marginalisme Juridique — Cooptation et fondation — Cooptation et association

Après avoir passé en revue divers problèmes que suscite l'étude de la coop ation dans une coopérative d'assurance concessionnaire, notre attention se trouvera captée dans le présent chapitre par quelques vues que nous aura suggérées l'institution de la cooptation dans le cadre tout à fait général de la personne morale.

Nous nous occuperons tout d'abord du mouvement humain et patrimonial dans la personne morale, et de son influence sur la structure de cette dernière; ceci nous fournira l'occasion de placer quelques brèves remarques sur ce que nous prendrons la liberté de qualifier de « marginalisme juridique».

Nous verrons ensuite l'effet fondatif de la cooptation dans les personnes morales du droit suisse, c'est-à-dire certain caractère de fondation qu'elle fait ressortir dans ces dernières. Nous ne ferons qu'effleurer l'institution de la cooptation dans la fondation et l'association, alors que notre chapitre neuvième sera consacré plus particulièrement au caractère fondatif qu'affirme la présence de la cooptation dans les principes constitutionnels de la société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de 1.000 membres.

§ 1.

Marginalisme juridique

I.

La personne morale n'est pas immuable

Sans doute est-ce hasardé d'employer dans le domaine du Droit un terme tiré des théories économiques de l'utilité finale. Nous ne prétendons cependant nullement lier des relations et des rapports juridiques par des équations mathématiques, ni traduire par des chiffres rigoureusement déterminés des différences quantitatives et qualitatives dans les différentes personnes morales que connaît notre

Droit pour en tirer des conséquences directes et pratiques sur leurs caractères respectifs dans une situtation donnée. Une courbe ne peut fournir que des points de repère, la réalité sociale est plus complexe qu'une simple représentation graphique.

Qu'il nous soit simplement permis d'user du marginalisme juridique pour démontrer et illustrer le fait que les catégories de personnes morales ne sont pas nécessairement fixes et rigides, que les êtres sociaux sont capables d'évoluer dans le cadre qui leur est propre, et que la cooptation, règle d'organisation essentiellement propre à la fondation, lorsqu'elle apparaît dans l'organisation statutaire d'une corporation, est le signal avertisseur indiquant à cette dernière qu'elle est en voie de devenir fondation, qu'elle en présente en tous cas certains signes caractéristiques.

II.

Les éléments de la personne morale sont mobiles

Nous avons déjà vu qu'à l'analyse la personne morale se décompose en quatre éléments: un élément directeur: l'Idée, à la réalisation de laquelle tend tout l'effort social; un élément d'organisation: des principes constitutionnels, garantissant la viabilité du corps social; un élément humain, substrat de la personne morale; et un élément patrimonial, la fortune sociale (celle-ci ne consisterait-elle qu'en une créance de la société soit vis-à-vis du sociétaire, soit vis-à-vis d'un tiers).

Ces deux dernières composantes de la personne morale, leur importance respective au sein de l'institution, leur mutabilité ou leur immutabilité, dépendent en grande partie de la structure de l'organisme dans lequel elles sont insérées. Elles la déterminent aussi, dans une certaine mesure.

Comme l'élément patrimonial de la personne morale, l'élément humain est sujet à des changement infimes ou notables, selon la structure plus ou moins spéciale et plus ou moins rigide de l'institution dont il fait partie intégrante.

Ainsi, par exemple, le mouvement humain et patrimonial évoluera-t-il dans la société anonyme dans un cadre très strict et très étroit. L'élément humain y étant quantitativement limité par un capital social déterminé d'avance, une augmentation de ce dernier n'augmentera également l'élément humain que dans la mesure où les nouveaux souscripteurs ne se confondront pas avec les anciens actionnaires. — Dans cette société, seuls le capital et l'élément patrimonial occupent une place de choix. Ils caractérisent la structure particulière des sociétés de «capitaux». La participation personnelle,

effective et «marginale» de l'actionnaire à la gestion des affaires sociales ne dépassera guère l'intérêt ou l'utilité «sociale» que présentera pour lui la protection de sa part au dividende et à sa part de liquidation.

Une augmentation du capital social provcquera, de toute manière, un intérêt social accrû de la part du substrat humain de la société anonyme : en effet, ou bien le capital nouveau et frais est souscrit par d'anciens actionnaires ; en ce cas-là, leur intérêt à la bonne marche de la société augmentera en proportion du montant nouveau souscrit. Ou bien, l'augmentation de capital amène l'adhésion de nouveaux actionnaires à la société ; ceci provoquera un intérêt social réparti sur un nombre de membres plus grand, ce qui équivaudra donc également à une augmentation de l'intérêt social porté à la société. Nous pouvons donc dire: A capital social accrû, intérêt social accrû du substrat humain de la société anonyme.

La société anonyme ne risque pas de devenir une fondation ni d'en acquérir quelque caractère, car la loi impérative du souverain accorde aux actionnaires des droits acquis et attribue à l'assemblée générale de la société anonyme des pouvoirs inaliénables, entre autres celui de nommer l'administration de la société, interdisant par là-même le recrutement de l'administration par voie de cooptation dans la société anonyme.

Le phénomène ne sera pas le même dans une personne morale connaissant le principe de la porte ouverte. Prenons le cas de la société coopérative :

Cette société n'admet pas de limitation du nombre des membres par un capital social fixé au préalable. Le nombre des coopérateurs peut donc, en principe, augmenter ad infinitum. Le mouvement de l'élément humain dans la coopérative pourra être très considérable dans le sens d'un accroissement de l'effectif du substrat de la machine coopérative, ce mouvement entraînant d'un autre côté tous les inconvénients que nous avons signalés au chapitre troisième.

Tout membre étant, en règle générale, tenu de verser une cotisation à la société, il en résultera pour cette dernière un accroissement de la fortune sociale correspondant à l'accroissement des membres. L'élément patrimonial augmentera donc en proportion directe de l'afflux de membres coopérateurs.

Mais alors qu'à un certain point, que nous qualifierons d'optimun, la courbe du patrimoine et celle de l'effectif des membres, qui se confondaient jusqu'alors avec celle qui représenterait l'intérêt social et personnel du membre (manifesté par lui par une une participation active à la vie sociale), continuent à être ascendantes et croissantes, l'intérêt du membre à l'activité sociale se relâche et com-

mence à décroître, tendant vers zéro, donc vers un intérêt et une participation minime sinon inexistante à la vie sociale, ne se distinguant pour ainsi dire pas de celui que manifeste ou que pourrait manifester le membre ou destinataire d'une fondation.

Il existe donc, pour une société du genre de la coopérative d'assurance, un point optimum où la réalisation de la fin sociale se poursuit encore efficacement à l'aide du self-help de ses membres et de leur collaboration personnelle active et fructueuse dans un organe démocratique remplissant pleinement sa fonction [1]). Au-delà de ce point optimum, nous n'assistons plus qu'à une augmentation considérable des membres et du patrimoine de la société, alors que l'intérêt social du membre va en décroissant. L'idéal coopératif, par la force des choses, devient utilitaire et rivé aux seules prestations d'ordre matériel que la société peut fournir à son membre.

C'est lorsque la coopérative aura dépassé sa grandeur optima que la corporation glissera imperceptiblement vers la fondation, une cooptation effectivement réalisée dans la pratique faisant bientôt place, si la société veut être logique avec elle-même, à une cooptation de iure, c'est-à-dire insérée dans les dispositions constitutionnelles de la personne morale. Un tel faire se justifie, car, dans une telle institution, l'intérêt social personnel et marginal du membre se rapprochera sensiblement de celui qui résulterait du statut du membre ou du destinataire dans une fondation de droit privé.

Résumons nos constatations :

L'entreprise corporative possède un nombre de membres optimum, le point optimum étant celui où le membre a encore la volonté de coopérer et d'oeuvrer, de concert avec ses associés, en vue de réaliser le but qui leur est commun. Dès que ce point est dépassé, le caractère corporatif de l'institution perd de sa pureté, et la corporation s'achemine vers la fondation.

Dans la société anonyme, le nombre optimum de membres se confond et s'arrête avec le nombre maximum, limité par le capital social de la société, divisé en actions. Dans la coopérative d'assurance, par contre, où joue le principe de la porte ouverte, le mou-

---

1) Ce qui n'est plus le cas dans une grande assemblée ou dans un organisme trop vaste pour être pleinement efficace. L'impuissance des trop grandes organisations n'est-elle d'ailleurs pas déjà signalée par C. G. Jung, Die Beziehungen zwischen dem Ich und dem Unbewussten, p. 56, (4me éd., 1945)? Senatus bestia, senatores boni viri, dit-il. «Je grösser nämlich die Organisationen sind, desto unvermeidlicher ist auch ihre Immoralität und blinde Dummheit...». «. . . Je kleiner ein sozialer Körper, desto mehr ist die Individualität der Mitglieder gewährleistet, desto grösser ihre relative Freiheit und damit die Möglichkeit einer bewussten Verantwortlichkeit.» Et à la p. 57, loc. cit., le même auteur parle d'un «Monstrum», «das jede grosse Organisation nun einmal ist.»

vement humain est susceptible d'un accroissement indéfini, jusqu'au moment où le substrat humain de la coopérative va se rapprocher, voire se confondre avec celui de la fondation et le cercle plus ou moins déterminé des destinataires de cette dernière.

On a essayé de classer les personnes morales en différentes catégories, suivant le but, économique ou non, poursuivi par elles. Cette classification se justifie certainement, si nous voulons tâcher de distinguer les corporations les unes des autres, mais elle ne saurait jeter de clarté sur la distinction entre corporation et fondation. La distinction matérielle de ces deux sortes de personnes morales se fera de la manière la plus juste et la plus adéquate, si nous pesons l'importance respective des éléments humains et patrimoniaux dans l'institution. Le droit positif choisira peut-être des critères plus formels, plus à même d'assurer la sécurité juridique par des formes et des formalités légales. Nous ne saurions lui en vouloir.

III.

Répercussion dans l'organisation statutaire

Ces interdépendances et influences réciproques de l'élément humain et patrimonial dans les personnes morales trouvent aussi leur répercussion dans l'organisation statutaire de ces dernières. Ainsi, par exemple, le principe de la porte ouverte favorisera-t-il l'admission de très nombreux membres dans la société coopérative d'assurance concessionnaire; ce grand nombre de coopérateurs (pour des raisons que nous avons déjà vues) postulera, dans la corporation, l'institution de la cooptation. Celle-ci, à son tour, consacrera le caractère d'établissement de cette corporation.

Dès que la charte constitutionnelle de la personne morale insère dans ses dispositions une règle d'organisation comme celle de la cooptation, elle découvre à cette société un caractère qu'elle n'avait pas primitivement. Ainsi la cooptation prête-t-elle nettement le caractère d'établissement de droit privé à la société coopérative d'assurance.

Qu'il nous suffise de souligner que, tout en favorisant un recrutement des administrateurs par une procédure sérieuse que nous ne saurions taxer d'arbitraire, la cooptation ne fait que constater, dans une règle constitutionnelle, un état de fait caractérisé par la prédominance de l'élément patrimonial dans la corporation et par l'intérêt corporatif minime sinon inexistant, peut-être aussi simplement latent (893 II CO), d'un nombre démesuré de membres qui, fonctionnellement parlant, ne se distinguent pas, dans une très grande société, du cercle déterminé des destinataires d'une fonda-

tion. En effet, ici comme là, l'activité sociale et personnelle du membre est illusoire, ou bien elle se réduit à bien peu de chose. La consécration dans les statuts de la personne morale-corporation d'une cooptation intervenue, depuis bien longtemps déjà, pratiquement, dans une grande société d'assurance, ne fait donc que constater «officiellement», si l'on peut dire ainsi, le manque d'esprit de «corps» dans la coopérative et le glissement de cette société vers l'établissement de droit privé pur et simple.

§ 2.

La cooptation et les personnes morales du droit suisse

Dans ce paragraphe nous allons examiner la cooptation soit dans la fondation, soit dans l'association. La cooptation dans la société coopérative d'assurance concessionnaire fera l'objet d'un chapitre neuvième.

I.

Cooptation et fondation

1) *La fondation, personne morale réelle.* La fondation — nous l'avons déjà fait entrevoir — est le prototype de toute personne morale. Nous ne voyons pas en elle, comme une doctrine qui se veut traditionnelle, l'affectation exclusive d'un patrimoine à un but social, patrimoine qui serait personifié par la loi civile[2]). Nous

---

2) En ce sens s'expriment : Mischler und Ulrich, Oesterreichisches Staatswörterbuch, 3. Band. 2. Auflage, Wien 1907, p. 217: «Darunter versteht man personifiziertes Zweckvermögen, durch welches ein bestimmter sozialer Zweck dauernd verwirklicht werden soll.» Egger, Komm. z. ZGB, I, Art. 80, I., 2., p, 464, parle aussi d'une «Verselbständigung», d'une «Personifizierung dieses Vermögens», comme d'un «Mittel der juristischen Technik». Holder, Steuerrechtliche Abgrenzung, parle aussi d'un «selbständiges Vermögen», «dem die juristische Persönlichkeit zuerkannt wird.» (p. 85). V. définitions identiques dans: Hafter, Juristische Personen, p. 98; Dernburg, Pandekten, p. 143-4; Landolt, Beiträge, p. 14, dira même sans autre: «verselbständigte Vermögensmasse ohne dahinterstehende Personengemeinschaft (sind) für das Recht der G. V. ausser Betracht (zu ziehen)». — De la personification d'un patrimoine, il n'y a qu'un pas jusqu'à la personification soit d'un but (Savigny, cité dans Michoud, Théorie de la pers. mor., I, p. 212, ne disait-il pas que dans les fondations «la personne juridique n'a pas cette apparence visible (de la corporation), son existence est plus idéale et repose sur une fin générale qui lui est assignée»), soit d'une appartenance (comme dirait Brinz, das Zweckvermögen ist kein bloss für gewisse Zwecke bestimmtes, sondern ein für diese gehöriges Vermögen). Inutile de souligner que ces systèmes, appliqués logiquement, arrivent à nier toute responsabilité, même civile, de la personne morale. Ainsi Brinz argue-t-il, dans la logique de son sytème (Pandekten, III, 2, p. 531): «Delikte gibt es an unpersönlichen Dingen, nicht durch diese...»

sommes loin de vouloir sous-estimer l'importance de l'élément patrimonial dans la fondation ; nous lui reconnaissons, au contraire, une influence prédominante et même déterminante. Mais nous n'en faisons pas l'élément unique et personifié.

L'affectation durable, sinon perpétuelle, d'un fonds à un but déterminé ne caractérise pas seulement la fondation. Elle se retrouve dans toute personne morale, corporation ou fondation, avec les autres éléments qui constituent cette dernière: l'organisation destinée à perpétuer le but et sa réalisation par l'être social d'une manière viable, et aussi les hommes qui en forment le substrat, mais dont le rôle peut être plus ou moins effacé dans la poursuite de la finalité institutionnelle.

La fondation est un organisme social et réel. Faute d'admettre sa réalité, existerait-il encore une différence autre que technique entre une personne morale «fictive», concept juridique ne servant qu'à recouvrir des actes individuels, et une libéralité sub modo, charge et obligation personnelle, se manifestant sous la forme d'un don ou d'un legs adressé à une personne, à charge par celle-ci d'employer les valeurs données ou léguées au but voulu ?

L'homme n'est pas qu'individu, il est également être institutionnel. Ramener toutes les relations juridiques à des rapports individuels caractérisés par le contrat serait tout aussi faux que de ne pas reconnaître à l'homme des droits qui lui sont propres en tant qu'individu. La différence de nature entre l'homme et l'institution n'est pas due à un artifice de la technique juridique, elle existe dans les faits dont doit tenir compte le Droit dans l'élaboration de sa technique.

La volonté individuelle du ou des fondateurs ne joue un rôle éminent qu'au moment de la création de la personne morale, dans l'acte de fondation proprement dit. Celui-ci, en déterminant d'une manière précise et suffisamment concrète les divers éléments de la personne morale, son but, son organisation, ses moyens de subsistance et les destinataires de ses règles, crée l'organisme social lui-même. Celui-ci, détaché dès lors de la volonté du ou des fondateurs, se distingue d'eux en tant que sujet de droit autonome et particulier, dont l'activité sera déterminée par la charte fondamentale de la personne morale.

Réalité sociale, la fondation l'est tout aussi bien et au même titre que la corporation dont la fondation, ici l'acte de fonder, repose sur un acte collectif, l'assemblée générale constitutive, et où

les fondateurs et les adhérents subséquents constituent en principe le substrat humain de l'institution [3]).

2) *Les membres de la fondation.* On pourrait s'étonner, à cet endroit, que nous osions risquer le mot «membres» pour désigner la collectivité de personnes que forment les destinataires de la fondation. En effet, n'a-t-on pas affirmé, de source autorisée, que la fondation n'a pas de membres [4]) ; il serait donc inutile, dans une telle institution, de parler d'assemblée générale et de droits corporatifs du «membre» ?

Nous voyons d'autant moins d'audace et d'inconvénients à avancer notre propre opinion que le code civil suisse ne dit rien sur la nature particulière du lien unissant le destinataire de la fondation à son institution. La question des «Stiftlinge» restant donc entièrement ouverte aux investigations d'ordre purement doctrinal, nous n'hésiterons pas à qualifier les destinataires de la fondation de membres de l'institution fondative [5]).

Précisons : Nous entendons par «membre» d'une institution le substrat humain de la personne morale, le groupement humain à sa base, le cercle de personnes bien déterminé dans lequel seront susceptibles de se retrouver concrètement les destinataires remplissant les conditions contenues dans l'acte de fondation. La détermination concrète du membre émanera ou bien directement de la charte constitutionnelle ou bien de l'appréciation plus ou moins discrétionnaire d'un organe de la fondation. Le cercle des destinataires de la fondation remplace le cercle des associés dans la corporation. Le but, «semé dans la terre sociale », selon la belle expression de Clémens,

---

3) En affirmant la réalité de l'organisme social, nous nous opposons donc catégoriquement aux opinions de Hölder (personification des administrateurs de la personne morale: v. par ex. Natürliche und juristische Personen, p. 241, 256) et de Brinz (personification de l'appartenance à un but: Pandekten, III, 2, p. 554 et 556. «. . . Vertretung nicht des Vermögens, sondern desjenigen, dem das Vermögen gehört, hier des Zweckes») ; . . . pour ne pas en citer d'autres. La fondation n'est pas non plus, pour nous, ce qu'un article récent de la SJZ, 47. Jahrg., 1951, p. 71, définit comme telle: «... ein selbständiges Vermögenssubjekt..., welches von der Rechtsordnung mit eigener Persönlichkeit ausgestattet wird...». Ibid., p. 73, l'auteur de cet article prétend aussi, à tort selon nous, que la fondation ne contient qu'un patrimoine et des organes (il sous-entend : seulement des organes directeurs...).

4) Egger, Komm. z. ZGB, I, 83. II, 2, 3., p. 476: «Mitglieder hat die Stiftung keine». Et ibid., I, 52, III., la, p. 357: «. . . die Stiftung hat keine Mitglieder.»

5) Gerhard (ZSR, n. F. 49, p. 145 ss), cité dans: SJZ. 47. Jahrg., 1951, p. 73, ne semble pas très loin de cette idée, lorsqu'il admet un «Stammrecht» du destinataire de la fondation. «Es handle sich aber um keine Mitgliedschaft im technischen Sinne, dit l'article précité, wohl aber um ein ähnliches Verhältnis, das in dieser Form der Stiftung eigentümlich sei und sich bei andern Rechtsinstituten nicht vorfinde.»

relève essentiellement d'un groupe pour être réalisé [6]). L'opération fondative, dit le même auteur, est une énergie sociale externe, émue par l'attrait d'un bien que peut seul atteindre un groupe, qui unit des hommes dans l'idée de ce bien pour les mettre à même de le réaliser. Le rôle de l'énergie créatrice se bornera à la constitution de l'être nouveau [7]).

Le groupe créé par l'acte de fondation admet en général une marge d'indétermination assez grande. Mais il se trouve aussi susceptible d'être déterminé d'une façon très précise : ainsi en sera-t-il dans des fondations de famille (non soumises à la surveillance) et dans des fonds de bienfaisance constitués au profit d'employés et ouvriers de sociétés coopératives et de sociétés anonymes (673, I et II; 862, I et II; 863, III, CO) [8]). Le rôle des membres d'une fondation n'est pas simplement celui d'«assistés», leur qualité de «destinataires» est assimilable à celle de sociétaires, même si la constatation concrète de cette qualité doit faire l'objet d'une décision sociale ultérieure à la constitution de la fondation.

Les droits des membres aux prestations «statutaires» sont constatés en même temps que leur qualité de «membres» de la fondation. Mais ces prestations sont-elles vraiment à considérer sous un angle «corporatif», malgré leur caractère individuel ? Ce à quoi nous répondons par une autre question : N'avons-nous pas déjà relevé une situation identique (droit social à aspect individuel) dans le droit au dividende de l'actionnaire et dans le droit à la prestation d'assurance du coopérateur assuré à son institution ?

---

6) Clémens, Pers. morale et pers. juridique, p. 226-7. Cet auteur développe une quantité d'idées dont nous ne pouvons qu'admirer la pertinence. Ainsi dit-il: «C'est cela fonder, la double opération que comprend une affectation à un but social : créer un groupe et le doter de moyens d'existence.» (p. 227). Et plus loin: «L'ampleur du but poursuivi délimite les contours du groupe. S'il est d'intérêt local, il unit les habitants du lieu. C'est pour eux en effet qu'il est un bien commun. — Sa portée est-elle plus vaste, il s'enracine en un milieu social plus large.» (p. 228-9). — Nous ne pouvons, par contre, pas suivre Michoud qui distingue dans la fondation un substratum double : le groupe des intéressés et le groupe des administrateurs, le droit des membres de la fondation sur le patrimoine se réduisant chez lui à un droit d'administration pour les organes, et à un droit de jouissance pour les destinataires (Théorie de la personne morale: I, p. 213-14, 501; II, p. 1, 40, 41, 43).

7) Clémens, loc. cit., p. 227.

8) Ces fonds de bienfaisance ne sont pas toujours constitués, nécessairement, en fondations. Ils peuvent aussi être constitués sous forme de sociétés coopératives et d'associations. Nous voyons dans ce cas particulier que le membre de la personne morale peut, selon le cas, revêtir le caractère de destinataire, d'associé ou de coopérateur, sans que son statut subisse nécessairement un changement notable. — V. par exemple : Scherrer W., Wohlfahrtseinrichtungen der privaten Unternehmungen, dans: ZSR, n. F. 70, 1951, p. 328 ss (rapport à la Société suisse des juristes, 1951).

Comme dans la corporation, seuls les statuts déterminent, directement ou indirectement, si les destinataires de la fondation ont ou n'ont pas des droits «sociaux» qu'ils peuvent faire valoir en justice. En droit suisse, le droit d'assigner en justice une fondation ordinaire pour les prestations «institutionnelles» du membre n'existe qu'à partir du moment où l'organe de la fondation compétent ad hoc a déterminé l'existence et le montant de cette prestation [9]). Ce droit du destinataire s'impose aussi, lorsqu'il ressort clairement des statuts que le membre a droit à une prestation déterminée et certaine; ce droit existe a fortiori, si le membre a contribué dans une certaine mesure, par le paiement de «cotisations», à accroître la fortune et le patrimoine de la fondation [10]).

Le membre de la fondation possède un droit «acquis» à attaquer en justice la fondation, lorsque ses organes statutaires ont pris des décisions contraires aux statuts, c'est-à-dire à l'acte de fondation [11]). Ce droit d'attaquer une décision sociale dans la fondation trouve sa contre-partie dans les corporations. Le droit de plainte à l'autorité de surveillance remplacera cependant très souvent l'action en justice, dans la fondation [12]).

---

9) SJZ, 47. Jahrgang, 1951, p. 73.

10) V. par ex. l'opinion de Scherer W., loc. cit., p. 363a: «... Sofern jedoch eine Beitragspflicht der Destinatäre nicht vorgesehen ist, die Art und Höhe der Fürsorgeleistungen nicht näher umschrieben sind und die Ausrichtung von Zahlungen vollständig in das Belieben der Stiftungsorgane gestellt ist, wird man grundsätzlich eine Anspruchsberechtigung des begünstigten Personals verneinen müssen.» Ibid., p. 398a: «Die Zuerkennung eines Klagerechtes liesse sich nur insofern rechtfertigen, als sie ihrerseits Beiträge an die für sie bestimmten Wohlfahrtseinrichtungen geleistet haben.» Le projet du 20 juillet 1951 pour une loi fédérale concernant les institutions sociales des entreprises privées va par contre nettement trop loin, lorsqu'il dispose : art. 12: «Les bénéficiaires peuvent faire valoir par la voie judiciaire leur droit aux prestations prévues dans les statuts.» Il ne fait aucune distinction entre membres «payants» et membres purement et simplement «bénéficiaires». Il abolit en somme tout pouvoir discrétionnaire des organes de la fondation.

11) SJZ, 47. Jahrg., 1951, p. 74 et 75: «... Weigern sich die Stiftungsorgane, eine solche Entscheidung zu treffen, oder ist diese offensichtlich satzungswidrig, so steht dem Begünstigten zwar keine Leistungsklage zu, wohl aber das Recht, durch eine Feststellungsklage die Bedingungen und Voraussetzungen ihrer Ansprüche vor dem ordentlichen Richter feststellen zu lassen, und dies auch dann, wenn vom Stifter der Rechtsweg ausgeschlossen worden sein sollte.» — Une décision sociale est-elle remise au pouvoir discrétionnaire d'un organe directeur de la fondation, le juge ne pourra examiner la requête que sous l'angle de l'arbitraire. (ibid.).

12) Scherrer W., Wohlfahrtseinrichtungen der privaten Unternehm., p. 347a. N'est pas non plus exclu le recours de droit public au TF pour arbitraire (art. 4, CF) ou déni de justice. (ibid.). V. aussi Voumard, Les fonds de bienfaisance des entreprises privées (dans : ZSR, 1951), p. 553a, 554a, 565a.

En vertu de l'indétermination de la personne concrète du membre, dans la fondation, et de la seule détermination de la collectivité dont elle fait partie, il nous semble donc équitable, en même temps que «fonctionnel», d'accorder au membre de la fondation le droit à l'action en constatation de droit, tendant justement à faire reconnaître cette qualité de membre (ici, plus qu'ailleurs, sujette à contestation) et les prérogatives qui y sont rattachées. Dans la fondation de famille, surtout, la légitimité de ce droit «naturel» du membre de l'institution est évidente, puisque cette sorte de fondation n'est pas soumise à la surveillance d'une autorité officielle quelconque.

Après ces quelques remarques d'ordre général, nous étonnerons-nous en découvrant des éléments corporatifs dans une fondation et, dans une corporation, des éléments propres à la fondation ? Cela ne sera certainement plus le cas, et c'est sans surprise que nous enregistrerons dans des actes de fondation la création d'organes spéciaux, différents de l'administration proprement dite de la personne morale, et qui, de leur côté, peuvent procéder à certains actes sociaux prévus dans la loi de la personne morale (contrôle, actes d'administration, modifications statutaires). L'élection des administrateurs de la fondation, elle aussi, pourra être confiée à un tel organe: conseil de fondation, assemblée de famille, assemblée de fondateurs ou bien assemblée des destinataires de la fondation [13]). Dans cette dernière éventualité, quelle différence y aura-t-il encore entre ces destinataires, jouissant de droits sociaux actifs dans leur institution, et les membres d'une association ou d'une société coopérative ne jouissant que de droits d'administration très limités, sinon illusoires, dans leur société ? Ce serait forcer le bon sens que de vouloir en trouver une [14]).

---

13) Ainsi Egger, Komm., z. ZGB (I, Art. 80, Vorbem. III, 1. et I, 83, II, 2. 3) constate : « Die besonderen Bestimmungen über Vereine können insoweit zur analogen Anwendung kommen, als die Stiftung korporativ gebildete Organe aufweist. . .» et: «Die Stiftung kann aber auch eine korporative Ausgestaltung erfahren...» Ainsi trouverons-nous facilement, soit dans les SA, soit dans les SC (673, 862-3 (CO), des fonds de bienfaisance alimentés en grande partie par l'entreprise elle-même, mais également pour une plus modeste partie par de véritables cotisations de la part des «destinataires» de cette fondation. Une participation active de la part de ces membres-destinataires à la vie sociale de la fondation ne saurait être qu'équitable et juste.

14) Dira-t-on alors que la fondation est plus liée, plus rigide et moins souple que la corporation? Sans doute, mais rien n'empêche la corporation de présenter, elle aussi, un caractère figé (décisions sociales importantes rendues difficiles ou pratiquement impossibles par l'exigence d'un quorum de voix élevé, l'exclusion d'un changement de but par les statuts ou par la nature même de l'institution — coopérative, par ex.).

3) *Cooptation et fondation.* Ces préliminaires indispensables nous ont déjà fait pressentir qu'en matière de fondation, la cooptation devait être une institution assez fréquente.

En effet, nous avons bien rencontré, dans la fondation, un but social auquel est affecté durablement une masse patrimoniale. Nous y avons aussi constaté une organisation statutaire dans l'acte de fondation proprement dit. L'élément humain, par contre, n'est guère pris en considération par cette dernière comme organe de la personne morale. La finalité institutionnelle se passe, en général, dans la fondation, d'une participation active et «corporative» des membres-destinataires dans une assemblée ou dans un autre organe de ce genre, et les statuts n'en soufflent mot.

Or, la cooptation s'impose dans une institution comme règle d'organisation, dès le moment où les membres ne jouissent plus de droits actifs de décision et d'élection dans la personne morale, et dès le moment où ils sont privés d'un droit à la qualité d'organe par la charte statutaire. Le droit pour les administrateurs de se recruter eux-mêmes par voie de cooptation, malgré son allure dictatoriale, sauvegarde alors dans une grande mesure l'autonomie de la personne morale et évite une ingérence trop poussée de tiers (Etat, commune, paroisse, etc.) dans les affaires sociales, en particulier dans l'élection des membres de l'administration. Saleilles n'avait pas tort de dire : «Il n'y a pas plus excès d'individualisme dans la fondation qu'il n'y en aurait dans une gestion collective confiée à un administrateur éminent qui lui imprimât une direction personnelle [15]). Cet auteur disait aussi : «On ne peut cependant pas demander aux riches de ne faire que des dons anonymes. On ne peut exiger des hommes d'initiative qu'ils s'effacent devant l'irresponsabilité des décisions collectives [16]).»

Evidemment, la fondation se caractérise par un régime plutôt bureaucratique, sans participation directe des intéressés. L'administration y est l'organe souvent unique qui est et fait tout, qui, en particulier, se recrute lui-même par cooptation. C'est un régime qui s'oppose naturellement à la représentation d'une partie importante des membres de l'institution à la gestion sociale (système majoritaire).

Et pourtant, chacun de ces principes d'organisation remplit la même fonction et le même rôle, chacun a sa raison d'être, l'un dans la fondation ou dans l'institution à caractère fondatif, l'autre dans la corporation où prédomine la représentation des membres dans un

15) Saleilles, De la personnalité juridique, p. 272-3.
16) Saleilles, loc. cit., p. 273.

organe social. La cooptation, point de repère sur notre boussole juridique, nous aidera à déceler, dans une institution, son caractère de fondation, ou sa tendance à s'assimiler à cette personne morale[17]).

II.

Cooptation et association

1) *L'association, corporation du droit civil.* En droit suisse, l'association est un groupement corporatif à but idéal, non économique, dont les règles de constitution sont assez libres, et auquel la loi reconnaît la personnalité morale dès sa constitution, c'est-à-dire dès le moment où des statuts écrits désignent son but, ses ressources et l'organisation de l'institution[18]).

Les associés, c'est-à-dire les fondateurs et toutes les personnes ayant adhéré postérieurement à la société, en forment le substratum humain. L'association, pas plus qu'une autre personne morale, ne peut se passer d'un élément économique et patrimonial; mais celui-ci n'est qu'un moyen subordonné à la réalisation du but social idéal. Une corporation poursuivant une activité économique à titre principal serait obligée de se soumettre aux règles plus strictes des sociétés commerciales.

L'association n'est pas un contrat, comme voudraient le faire admettre ceux qui nient la réalité de la personne morale. Elle repose sur un acte de fondation, comme la personne morale-fondation ; mais l'acte de fondation qui crée l'association est une décision collective, alors que, dans la fondation proprement dite, il est très souvent l'oeuvre d'une volonté individuelle[19]).

---

17) Michoud, Théorie de la pers. mor., II, p. 42, signale, lui aussi, la cooptation comme mode d'élection propre à la fondation : «Le plus souvent, il n'y aura dans les fondations publiques ou privées aucun droit à la qualité d'organe, la charte de l'établissement indiquant sur ce point des règles qui impliquent un libre choix: élection, cooptation, nomination par une autorité publique, etc...» Le droit d'élire les administrateurs, qu'il appartienne aux administrateurs eux-mêmes ou bien à des tiers, n'est donc, en principe, pas «démocratique» dans la fondation. — Signalons, en passant, le caractère fondatif que présentent, dans notre droit, les «Zwangskörperschaften» de l'Etat (par ex.: assurances sociales). Les membres de ces corporations ne jouissent pas, en général, de droits «sociaux» dans l'institution. Ils ne forment, finalement, qu'un cercle assez déterminé de «Begünstigte».

18) Hafter, Juristische Personen, p. 86-7. V. sur but idéal et économique: Beyli W., Zur Abgrenzung zwischen Verein und Genossenschaft (S JZ, XIII. Jahrg., p. 189 ss).

19) Saleilles, De la personnalité juridique, p. 431.

2) *Cooptation et association.* L'organisation étant un élément nécessaire de la personne morale, les statuts doivent donc prévoir qui sera organe de la société ou quels organes pourront être constitués dans la suite.

L'assemblée générale, dans l'association comme dans les autres personnes morales corporatives, est déclarée pouvoir suprême de l'institution par la loi, mais doctrine et jurisprudence se rencontrent pour constater que l'assemblée générale ne jouit pas là de pouvoirs et de prérogatives inaliénables, et que les statuts peuvent prévoir librement un autre mode d'organisation. La fonction de l'assemblée générale pourra donc être transmise, par voie de révision statutaire, à un autre organe de l'association. Ainsi l'organe démocratique de cette société pourra-t-il aussi transférer librement son pouvoir d'élire les organes dirigeants à l'organe directeur de la société lui-même. Les règles sur l'assemblée générale revêtent donc, dans l'association, un caractère tout à fait subsidiaire; la licéité de la cooptation ne saurait être contestée dans cette institution [20]).

Le seul organe indispensable dont ne saurait se passer l'association, c'est l'organe directeur, le comité, l'administration. La cooptation, loin d'être une inconnue dans l'association, s'y rencontre même assez fréquemment comme règle d'organisation. Très souvent la personne morale-association juge bon de l'insérer dans ses statuts lorsque la réalisation du but institutionnel n'exige pas une participation active du membre, ou lorsque des difficultés d'ordre pratique rendent une telle participation impossible.

3) *Cooptation et corporation à caractère «fondatif».* La cooptation consacre le caractère «fondatif» du groupement corporatif. Cette constatation se vérifie singulièrement bien dans l'association à but entièrement désintéressé, donc dans l'association de bienfaisance,

---

20) Sur le contenu des statuts de l'association et sur la subsidiarité des règles sur l'assemblée générale v.: Egger, Komm. z. ZGB (I, Art. 60, III, 3, c. p. 403; I, Art. 64, II, 1, p. 412; Art. 65, p. 416; I, 2, a, p. 417; I, Art. 66-67, IV., p. 422-423; I, Art. 69, 1,p. 425). V. aussi : Egger. Komm. z. ZGB: I, Art. 65, 1, 5., p. 417: « Durch Statutenänderung kann die Vereinsversammlung nachträglich ausgeschaltet. . . werden.» Et, Egger, Komm. z. ZGB, I, Art. 65, 2. c., p. 417 : «Die Statuten — besondere statutarische Bestimmung ist notwendig — können die Kooptation vorsehen.» V. également: RO 48 II, 145 ss, cité aussi dans Landolt, Beiträge, p. 58 : L'AG dans l'association ne repose pas sur une «zwingende Rechtsnorm». Et Hensel, Generalversammlungsrecht, p. 42 : «Im Vereinsrecht ist die Stellung der GV heute noch dispositiver Natur.» Hafter, Juristische Personen, ne semble pas être entièrement de cet avis : «Die aus sämtlichen Mitgliedern bestehende Vereinsversammlung und der Vorstand sind also die beiden notwendigen Organe, sie müssen bei jedem Verein vorgesehen sein. . .» (p. 88) et il en conclut, plus loin: «. . so erscheint es mir einerseits zweckmässig, die Wahl des Vorstandes von Rechts wegen der Vereinsversammlung vorzubehalten, andererseits . . .» (p. 90).

de charité et dans l'institution à but scientifique, où les personnes qui se recrutent par voie de cooptation peuvent être considérées soit comme les membres de l'association, soit comme les administrateurs d'une vaste fondation. N'en est-il pas ainsi dans l'Académie Française ? Les droits «sociaux» des membres disparaissent, en effet, pour faire place à une prédominance certaine de l'unité du but collectif et de l'affectation patrimoniale à ce but [21]). Michoud dit très justement: «La corporation se rapproche de la fondation dès qu'elle n'est pas purement volontaire; elle s'en rapproche aussi, lorsqu'elle vise un but entièrement désintéressé»[22]). Et Hölder, dont nous ne suivons par ailleurs pas les vues, de dire, lui aussi: «L'association qui ne se limite pas à la poursuite d'intérêts personnels des membres a exactement le même but qu'une fondation» [23]).

L'association à but tout à fait désintéressé est à mi-chemin entre la corporation et la fondation. Elle est encore corporation, si l'on considère que ses membres ne sont pas les bénéficiaires de l'activité sociale, et que ces derniers se trouvent en-dehors de la personne morale. Elle est déjà fondation, si nous sommes d'avis que les efforts personnels des «associés» et le patrimoine affecté à leur activité réalisent un bien commun qui dépasse l'intérêt «idéal», mais personnel, de ces associés et qui englobe institutionnellement une collectivité de personnes beaucoup plus vaste. Nous n'hésiterons pas, en ce cas-là, à dire avec Hölder: Nous avons affaire à une fondation dont l'administration est confiée à une association [24]), l'association ne formant en somme qu'un collège d'administrateurs, organe de la personne morale-fondation.

De ces considérations se dégage encore la vérité suivante, énoncée déjà par Saleilles, à savoir que certains buts et objectifs peuvent être atteints soit par voie d'association, soit par voie de fondation

---

21) Saleilles, De la personnalité juridique, p. 196.

22) Michoud, Théorie de la personnalité morale, I, p. 222.

23) Hölder, Natürliche und juristische Personen, p. 288 : «Der Verein der gebildet wird für einen nicht auf die Förderung des Lebens seiner Mitglieder sich beschränkenden Zweck, hat denselben Zweck wie eine Stiftung». Pour lui comme pour nous, la «Vereinsatzung» ne se distinguera absolument pas d'une « Stiftungsurkunde», Leur nature juridique est identique.

24) Hölder, loc. cit., p. 288: «Es ist eine Stiftung errichtet, deren Verwaltung einem Verein zukommt. Der Verein ist hier ein zum Zwecke der Verwaltung der Stiftung gebildetes Kollegium ». Le caractère de fondation de l'association à but entièrement désintéressé se révèle aussi dans les faits suivants: Le droit d'expectative de participer au partage à la dissolution de la personne morale se réduit de plus en plus pour le membre, les associés se sentent de moins en moins les «maîtres» de la personne morale, mais plutôt de simples «tributaires» de cette dernière.
V. par ex. Michoud, Théorie de la personnalité morale, II, p. 37, 38, 452.

proprement dite, car «toute association implique, elle aussi, un emploi déterminé auquel le fonds social doit être affecté» [25]). Ainsi une académie pourra-t-elle être fondée soit sous forme d'association, soit sous forme d'établissement, d'«institut».

Il ne nous appartient pas ici d'épuiser la question si intéressante et si spéciale de la nature juridique de l'association à but altruiste. Qu'il nous suffise de constater que c'est sous cette forme surtout que l'association du code civil suisse prend réellement un caractère de fondation. Ce caractère se révèlera en général dans les règles d'organisation de l'institution par l'introduction de la cooptation, principe constitutionnel en vertu duquel un organe de la personne morale a le droit de recruter lui-même ses membres.

CHAPITRE NEUVIEME

La cooptation et la coopérative d'assurance concessionnaire

Dans cet ultime chapitre notre étude tâchera de souligner quelques faits qui montreront comment la cooptation s'impose dans une société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de mille membres : anonymat ou indétermination des membres de la personne morale, droits corporatifs illusoires du membre, administration toute-puissante, de par la nature de l'entreprise d'assurance concessionnaire importante. Nous jetterons également un coup d'oeil sur le mécanisme de freinage que constituent soit l'action sociale accordée au membre de l'administration contre cet organe, soit le contrôle statutaire et fiduciaire, soit la surveillance officielle de la personne morale vis-à-vis des pleins pouvoirs de l'administration. Des considérations du présent chapitre ressortiront aussi, en passant, les similitudes que présente la société coopérative d'assurance très grande avec la fondation.

§ 1.

Anonymat des membres

C'est en examinant le substrat humain de la personne morale que nous serons tout d'abord amenés à établir des points de contact entre la société coopérative d'assurance comptant des milliers de membres et la fondation, et à préconiser la cooptation comme principe d'organisation de cette personne morale.

---

25) Saleilles, De la personnalité juridique, p. 116 ss.

L'influence décroissante de l'intérêt institutionnel du membre et l'importance croissante de l'élément patrimonial caractérisent l'évolution économique favorable de la coopérative d'assurance concessionnaire où se trouve exclue la responsabilité personnelle du coopérateur et où les droits sociaux actifs du membre se voient mutilés par la force des choses.

Une grande collectivité tend à créer l'anonymat de ses membres, anonymat que nous pouvons assimiler à l'indétermination des membres de la fondation. L'élément humain anonyme, concrétisé dans un organe dit «représentatif» de la personne morale, une assemblée générale-masse, crée à son tour l'irresponsabilité des décisions sociales et, par là, une insécurité juridique indésirable. Ceci nous amène tout naturellement à légitimer une structure autoritaire de l'administration d'une personne morale très grande. Elle évite la fuite devant les responsabilités.

L'élection démocratique caractérise la véritable corporation comme la cooptation est propre à l'institution fondative. Ceci provient de ce que la corporation a en principe un caractère plus souple et doit être susceptible de s'adapter aux intérêts changeants et variables de ses membres beaucoup plus facilement que la fondation qui, restant dans une ligne conservatrice, est beaucoup plus figée dans son but que la personne morale corporative [1]).

La construction de la fondation, comme celle de la corporation englobant une masse énorme de membres, est comparable à celle d'un vaste édifice. L'image, mieux que les mots, rend compte de la structure administrative de l'organisation de ces deux institutions :

Alors que nous pouvons assimiler la fondation à une maison préfabriquée, édifiée en un minimum de temps et à l'aide d'un effort collectif minime sinon purement individuel, la maison corporative est le fruit d'une entreprise de longue haleine. Une foule de manoeuvres, les membres, contribuent activement et personnellement, la truelle à la main, si nous osons nous exprimer ainsi, à la réalisation du but commun. Une fois la charpente finie et la dernière tuile posée, le point optimum de la corporation étant atteint et même dépassé, il ne reste plus qu'à désigner à cette construction coopérative

---

1) Saleilles, De la personnalité juridique, p. 289, 290, constate que la cooptation, propre à la fondation et à l'établissement, s'y rencontre plus aisément que dans la corporation. «La commune actuelle est douée de conseils qui se recrutent par voie d'élection, tandis que les fabriques dans l'Eglise se recrutent par cooptation avec approbation de l'autorité hiérarchique. Cela tient aux caractères différents de ces deux institutions». (p. 290). Les intérêts des administrés sont variables et changeants, l'Eglise au contraire est «investie de la mission de conserver, d'enseigner, de faire fructifier les vérités d'ordre surnaturel sur lesquelles ses propres fidèles n'ont pas de prise».

des administrateurs-gérants honnêtes et intelligents pour gérer et administrer au mieux l'oeuvre commune. Un effort personnel de tous ceux qui ont coopéré à la grande oeuvre n'est plus nécessaire dès lors.

La maison coopérative est bâtie.

L'organisation de la coopérative étant très malléable et l'intensité de l'incorporation de ses membres étant susceptible de multiples variantes pouvant aller jusqu'à une assimilation quasi-complète de ces membres aux destinataires d'une fondation, nous ne nous étonnerons donc pas qu'une coopérative d'assurance concessionnaire acquière pratiquement, avec le temps et une progression dans le nombre de ses membres dépassant le point optimum, le caractère d'un «établissement» d'assurance [2]).

§ 2.

Insuffisance et inutilité de quelques droits corporatifs du coopérateur

Nous ne ferons qu'effleurer ici quelques droits sociaux inhérents au membre de toute coopérative. L'exercice assez rare de ces droits par le coopérateur dans une grande institution d'assurance nous permettra, là aussi, de comparer la situation du coopérateur à celle du destinataire d'une fondation. Sur le plan pratique, en effet, le non-exercice d'un droit social, fût-il inaliénable, ne se distingue guère de l'inexistence d'un tel droit.

I.

Le droit de contrôle personnel du membre (856, 857 CO)

C'est là un des premiers droits du coopérateur dans une entreprise d'assurance mutuelle. Il comprend deux facultés différentes du

---

2) Ainsi n'est-ce pas un simple jeu de mots, lorsque nous attribuons des éléments de fondation à la «Rentenanstalt» de Zürich, pour ne citer que cette société. Nous ne voyons, en effet, guère de différence entre cette institution, une «Brandversicherungsanstalt, juristische Person des öffentlichen Rechts» (qui est en somme «Versicherungsanstalt» et aussi «Zwangskörperschaft», si l'assurance est obligatoire, v. Bl. f. z. R., XXIV, 3) et une fondation pure et simple (Anstalt). Siegwart, Komm., V. 5a, p. 20, ne signale-t-il pas des germes de fondation même dans la SA (einen gewissen anstaltlichen Einschlag)? Vogel, Gen., als Rechtsform für Bankunternehmen, p. 49, 50, signale, de son côté, des cas de «corporations fondatives». P. 51 : «Die Spareinleger sind eo ipso «Mitglieder» der Genossenschaft. Sie haben aber keinerlei nennenswerte korporative Rechte oder Pflichten. Die Verwaltung hat sie alle inne, und diese wird nicht einmal von den Mitgliedern gewählt, sondern ergänzt sich selbst. Man hat den Eindruck, dass hier eigentlich die Rechtsform der Stiftung angemessen gewesen wäre.» (Sparkasse Trogen, statuts 1926), V. aussi loc. cit., p. 52.

membre : celle de se faire délivrer le compte d'exploitation et le bilan de la société, ou tout au moins celle de pouvoir les consulter, ainsi que le rapport des contrôleurs, au siège de l'établissement (856 CO) ; ensuite, celle de demander des renseignements, de «signaler les évaluations douteuses aux contrôleurs» et de se laisser donner les explications nécessaires «sur des faits importants pour l'exercice du droit de contrôle». L'article 857 CO ajoute expressément : «Le droit de contrôle des associés ne peut être supprimé ou restreint ni par les statuts, ni par une décision d'un organe social» (al. IV).

Il ne fait aucun doute que, dans toute grande coopérative d'assurance, les sociétaires ont à leur disposition le rapport où se trouvent les renseignements substantiels sur la société. Les agents sont chargés de les expliquer. Souvent des membres se font détailler les comptes; des réunions locales ont lieu à cet effet. Malgré cela beaucoup de membres ne se soucient pas de ces questions, et beaucoup ne peuvent pas comprendre les détails de l'institution.

Le coopérateur moyen, ne suivant pas d'une manière permanente le mouvement et le déroulement des affaires sociales, ne peut pas toujours se rendre compte des motifs sous-jacents à telle ou telle décision sociale ; il ne peut en apprécier objectivement ni la valeur, ni les conséquences futures pour l'institution. Des connaissances techniques particulières en matière d'assurance lui font défaut: il ne pourra pas, par exemple, juger objectivement de la valeur et de la légalité de telle ou telle méthode de calcul lors de la répartition de l'excédent actif apparaissant au bilan du dernier exercice. Il ne découvrira jamais, avec ses faibles moyens d'investigation, si ses droits ont été lésés ou non. Et voudrait-il consulter les livres et la correspondance de la société, l'administration ne lui rétorquerait-elle pas que le «secret des affaires sociales» risquerait d'être compromis (857 II CO) par sa curiosité intempestive?

Pratiquement, le droit de contrôle personnel n'offre donc pas une garantie très efficace au membre d'une très grande coopérative d'assurance.

II.

Le droit du 1/10 des membres de convoquer une assemblée générale (881 II CO)

Cette disposition est de droit impératif. La faculté de provoquer ainsi la convocation d'une assemblée générale est inhérente à un quorum de membres de la coopérative d'assurance. Ce droit ne passe

pas à l'organe qui remplace éventuellement l'assemblée générale dans tout ou partie de ses fonctions [3]).

Cette disposition ne présente pas non plus une grande importance pratique, lorsque les liens de sociétariat embrassent des milliers et des milliers de membres répartis dans divers Etats. Bien entendu, les sociétaires, même domiciliés à l'étranger, restent soumis aux droits et obligations statutaires conformes au droit suisse, pour autant qu'ils se trouvent incorporés dans l'institution suisse d'assurance [4]); mais que de difficultés pour les alerter tous, que de longueurs dans cette procédure, et que de sacrifices financiers pour les membres que ne repousse pas le prix du déplacement. D'ailleurs les initiants auront-ils une seule chance de rassembler le 1/10 des membres d'une institution comptant ces derniers par centaines de milliers ?

III.

Le droit du coopérateur d'attaquer les décisions sociales en justice (891 I CO)

C'est un droit fondamental du sociétaire que la loi accorde également aux membres de l'administration et qui l'autorise à agir contre la société, lorsqu'une décision sociale a été prise en violation de la loi ou des statuts [5]).

1. *La nature de la décision sociale attaquable en vertu de l'article 891 CO.*

Ne sera pas attaquable, tout d'abord, la décision d'un organe social frappée de nullité absolue au sens de l'article 20 CO (Nichtigkeit des Beschlusses). Tout au plus un intéressé se verra-t-il accorder l'action en constatation de droit tendant à faire reconnaître par le juge que la décision contestée est «nulle et de nul effet» (negative Feststellungsklage). Cette nullité est opposable en tous temps.

---

3) Gloor, Das Recht der DV, p. 109: «Das Einberufungsrecht ist kein Generalversammlungsrecht. Es geht also nicht auf die Delegierten über». Nous pourrions ajouter : . . und auch nicht auf die Verwaltung, si une coopérative d'assurance a fait usage de l'art. 893 CO. — Dans cette dernière hypothèse, on ne voit pas non plus l'intérêt pour le 1/10 des membres de convoquer une assemblée générale qui ne posséderait plus aucune compétence, sinon celles que lui confère exclusivement l'art. 893 II CO.

4) Le principe de la personnalité de la loi s'applique aussi aux personnes morales. Celles-ci, à l'instar des personnes physiques, possèdent un «état-civil», point de rattachement et «Anknüpfungspunkt» à une loi déterminée.

5) Gloor, Das Recht der DV., p. 126: «Die Genossenschafter behalten nur diejenigen Herrschaftsrechte, die nicht zugleich GV-Rechte sind; so etwa Anfechtungs- und Kontrollrecht.»

Ne sera pas non plus attaquable une décision sociale relevant du pouvoir «discrétionnaire» d'un organe social. Ainsi ne pourra pas être attaquée pour «Unzweckmässigkeit» une décision sociale, car, comme l'a déjà dit un arrêt du Tribunal fédéral: «On peut différer d'avis sur l'opportunité des moyens choisis par la société pour se procurer des fonds ; mais c'est là une question d'appréciation, d'ordre intérieur, dans laquelle les tribunaux n'ont pas à s'immiscer» [6]).

Seront seules susceptibles d'être attaquées en justice des décisions sociales importantes, émanant d'un organe social compétent, assemblée générale ou administration, prises en violation de la loi ou des statuts [7]), mais valides jusqu'à ce que leur nullité ait été prononcée judiciairement dans le délai péremptoire de deux mois (891 II CR). La décision attaquable n'est donc frappée que d'une nullité relative (Anfechtbarkeit des Beschlusses) et déploie juridiquement tous ses effets jusqu'à son annulation par le juge que saisit l'«Anfechtungskläger». On se trouvera en présence d'une telle action en nullité, lorsqu'une nomination aura été faite au sein de l'organe administratif au mépris de la loi ou des statuts.

2. *La décision de tout organe social est-elle attaquable en vertu de l'article 891 CO ?*

L'article 891 CO ne parle que des décisions de l'assemblée générale ou de celles qui ont été prises dans une votation par correspondance comme susceptibles d'être attaquées devant le juge. Nous ne pouvons nous rallier à une interprétation logique et grammaticale de cette disposition légale.

Même si nous refusions à l'actionnaire le droit d'attaquer une décision de l'administration, ce que fait un récent arrêt du Tribunal fédéral [8]), il serait erroné de transposer le raisonnement jurisprudentiel de cet arrêt dans la société coopérative. La concordance entre les articles 706 et 891 CO est d'ordre purement rédactionnel; elle ne touche en rien la différence de nature qui existe entre société anonyme et société coopérative.

---

6) RO 59, II, 47. Cet arrêt est aussi cité dans :
Ehrbar Max, Die Anfechtung von GV-Beschlüssen, nach ungeschriebenem Recht, p. 46.
Stebler O., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates in der AG, p. 126.

7) Stebler O., loc. cit., p. 125: «Die Gesetzwidrigkeit und die Statutenwidrigkeit müssen im weitern Sinne aufgefasst werden; denn sie umfassen die gesamte Rechtswidrigkeit.»

8) RO 76, II, 51: Cet arrêt soutient que les droits de l'actionnaire sont suffisamment protégés par la loi, et qu'il ne faut pas admettre à la légère une lacune dans les dispositions légales. Cet arrêt confirme ainsi la thèse de Kohler (Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft) qui le cite dans son «Anhang», p. 105. V. cependant des avis opposés et condensés par cet auteur, loc. cit., p. 5 ss.

En effet, dans la société anonyme, l'assemblée générale et l'actionnaire jouissent de droits propres et inaliénables dont nous ne trouvons pas l'exacte contre-partie dans le droit coopératif. La faculté d'attaquer les décisions de l'administration ne s'impose donc, de loin, pas aussi impérieusement dans la SA que dans une coopérative dont l'organisation statutaire peut aller jusqu'à réduire à un strict minimum les droits du membre et de l'assemblée générale.

Le cas typique qui appuie notre thèse dans le droit coopératif est celui de la société coopérative d'assurance concessionnaire de plus de 1.000 membres qui a transféré tout ou partie des attributions de l'assemblée générale à son administration. Une interprétation stricte de l'article 891 CO aboutirait tout simplement à supprimer le droit inaliénable que confère cet article au coopérateur. En effet, sont exclus par l'application intégrale de l'article 893 I CO dans les statuts de la personne morale soit un recours à une assemblée générale de sociétaires, soit le droit du membre d'attaquer une décision de cette assemblée, puisque l'administration détiendra toutes les compétences essentielles de la société et que l'assemblée générale sera réduite à mener une vie «latente», en attendant qu'elle soit appelée à se prononcer sur les deux seules compétences que lui réserve l'article 893 II CO : celle de décider l'introduction ou l'extension du régime des versements supplémentaires et celle de juger de l'opportunité de la dissolution ou de la fusion de la société.

3. *Insuffisance de l'action sociale pour le coopérateur non-membre de l'administration.*

L'utilité du droit à l'action sociale est incontestable : ce n'est qu'à l'aide de ce droit fondamental que le coopérateur ou le membre de l'administration pourra faire valoir en justice soit un traitement inégal des associés, soit toute autre violation légale ou statutaire qui aura peut-être même échappé à la vigilance de l'autorité de surveillance des entreprises d'assurance [9]).

Mais il reste que ce droit est insuffisant pour le coopérateur moyen, non-membre de l'administration d'une coopérative d'assurance importante. L'action sociale du membre contre l'administration a certes un caractère préventif. Elle évitera peut-être la responsabilité postérieure des administrateurs en vertu de l'article 920 CO (qui renvoie aux articles 752 ss CO); mais le droit de regard du coopérateur dans les affaires sociales est tellement limité, que le membre ne se rend très souvent compte du caractère illicite d'une décision sociale prise par l'organe administratif de la société qu'après sa

9) Kummer, Gleichbehandlung, p. 147: «Wirksam zu helfen vermag vielmehr einzig ein durchsetzbarer Anspruch auch hinsichtlich der Anordnungen der Verwaltung. . .»

mise à exécution. Il devra alors se contenter de réparer les conséquences «néfastes» de cette décision par le seul moyen qui lui restera: l'action en responsabilité (Verantwortlichkeitsklage). [10])

IV.

Le droit à l'égalité de traitement de l'associé (854 CO)

Le respect de ce droit du membre, à caractère plutôt passif, sera garanti le plus efficacement par l'action sociale [11]). Mais quel sera le coopérateur, dans une grande société d'assurance, qui ira vérifier les tarifs de primes dans les différentes catégories d'assurés, et comment arriverait-il à prouver avec succès une inégalité de traitement non-justifiée en fait ? Le bureau fédéral des assurances remplit cette tâche bien mieux que lui.

V.

Assimilation pratique du membre de la corporation qui n'exerce ou ne peut pas exercer ses droits sociaux au destinataire d'une fondation ne possédant pas de droits actifs

Les droits de surveillance et de contrôle du membre d'une grande coopérative d'assurance ne constituent donc pas pour lui, ni pour l'institution dont il fait partie, une garantie efficace. Et l'indifférence souvent notoire du membre aux intérêts sociaux contribue, de son côté, à rendre rare l'exercice de ces droits par leur titulaire. Mais cette lassitude du membre ne fait-elle pas son apparition dans les corporations où subsiste encore une assemblée générale active et même dans les SA ? [12])

Le statut du membre d'une coopérative d'assurance importante tend à se confondre avec celui du membre d'une fondation : Le cercle des destinataires est, en principe, assez flou, et les membres d'une fondation ne jouissent pas, en général, de droits actifs très étendus. Le membre d'une corporation qui n'exerce pas les droits qu'il possède ou qui ne s'en sent pas capable se trouve, pratiquement, dans la même situation.

---

10) Remarquons en passant que seule une décision prise par l'organe social est attaquable, mais plus l'acte juridique posé par la société vis-à-vis des tiers en vertu de cette décision.

11) Peyer R., Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, p. 104.

12) Schuler P., L'assemblée générale des actionnaires dans la SA, p. 40: «. . . une grande partie (des actionnaires)... ne se donne même pas la peine d'écouter le rapport du conseil d'administration et de noter ses points faibles, encore moins d'aller consulter le bilan, le compte de pertes et profits et le rapport des commissaires-vérificateurs. . . Ils se contentent d'accepter la collation qui leur est généreusement offerte.»

§ 3.

Les pouvoirs de l'administration et leurs limites

I.

L'application de l'article 893 CO par les coopératives d'assurance concessionnaires

Depuis l'introduction du code des obligations révisé, quelques coopératives d'assurance, déjà, ont jugé opportun d'insérer, totalement ou partiellement, la teneur de l'article 893 CO dans leur organisation statutaire :

Dans la *Coop,* Société coopérative d'assurance sur la vie, où l'assemblée générale ordinaire n'a lieu que tous les quatre ans (art. 10 II), le Conseil d'administration statue chaque année sur l'acceptation des comptes annuels, du bilan et du rapport de gestion (art. 19 I), il nomme l'organe de contrôle se composant de trois vérificateurs et de deux suppléants (art. 22 I), et il établit les règles de répartition des parts d'excédents aux assurés y ayant droit (art. 31 II). Le Conseil d'administration se voit aussi conférer par l'art. 34 des statuts le pouvoir de reviser la charte statutaire de la personne morale par une décision emportant l'adhésion des deux tiers des membres présents, sous réserve des stipulations de l'alinéa III de ce même article.

Dans la *Mobilière Suisse,* société suisse pour l'assurance du mobilier, où l'assemblée ordinaire des délégués ne se réunit que tous les deux ans (art. 16 I), le conseil d'administration approuve les comptes annuels et prend acte du rapport de l'office de contrôle. Il approuve aussi le rapport de gestion (art. 23, II, 13). Il décide de l'affectation de l'excédent actif, ainsi que des réserves extraordinaires et des fonds (art. 23, II, 14).

Seule la *Rentenanstalt,* Société suisse d'Assurances générales sur la vie humaine, a appliqué intégralement l'article 893 CO dans ses statuts. Elle dote de pouvoirs très étendus un conseil de surveillance qui remplit, en fait, toutes les attributions de l'assemblée générale qu'il a supplantée. Les statuts de cette société énumèrent à l'article 16 toutes les compétences de cet organe de l'administration, terminant au chiffre 30° de cet article : « il traite toutes les autres affaires que lui soumet le comité d'administration ou qui ne sont pas de la compétence exclusive d'un autre organe de la Société.» C'est dire l'omnipotence de l'administration dans cette coopérative.

La *Patria,* Société mutuelle suisse d'assurances sur la vie, n'a pas fait usage, «officiellement», de l'article 893 CO. Mais nous insistons sur le fait qu'il n'existe aucune différence matérielle entre

la constitution et les attributions de son «assemblée de délégués» et le conseil de surveillance de la Rentenanstalt (Patria, art. 13). — En admettant que la motion Sappeur aboutisse à la suppression de l'article 893 CO, ce qui n'est ni nécessaire ni même souhaitable, il serait pourtant du plus haut comique de voir renaître le conseil de surveillance d'une Rentenanstalt, «ex»-organe administratif, sous forme d'une assemblée de délégués, organe plus «démocratique» et que l'article 892 II CO n'empêcherait pas de se renouveler par voie de cooptation.

Ces quelques constatations suffisent à nous convaincre que l'article 893 CO n'est pas un «luxe» que se paie notre droit des coopératives, mais qu'il correspond parfaitement aux besoins d'une grande institution d'assurance mutuelle.

Dans ces sociétés l'assemblée générale ne joue plus le rôle d'instance suprême; un organe, l'administration, beaucoup mieux qu'elle, exprime la volonté de la personne morale. Au fur et à mesure que cet organe administratif accapare les compétences de l'assemblée générale, il prend de plus en plus le caractère d'une véritable «assemblée générale réduite». Au sein de l'administration, la décentralisation est de plus en plus poussée et la délimitation des compétences de ses divers organes se fait de plus en plus à l'image de celle qui se produit dans la corporation.

La personne morale, de plus en plus, fait abstraction d'une participation active de l'ensemble des destinataires de ses règles, c'est-à-dire des coopérateurs assurés, dans la poursuite du but institutionnel : l'assurance bon marché de ses membres. Nous pourrions dire, comme dans l'association à but entièrement désintéressé, que nous avons affaire à une fondation dont l'administration est confiée à un collège de «gérants».

Les statuts de l'une ou de l'autre de ces corporations prévoient que la nomination des membres de l'organe suprême de l'administration relève de la compétence de cet organe même[13]). Les compétences de la personne morale n'étant plus réparties entre les différents organes «légaux» de la corporation, mais entre ses divers organes d'administration, le droit d'élire les membres de l'organe qui domine la hiérarchie administrative est confié non plus aux sociétaires, mais à cet organe lui-même.

---

13) Rentenanstalt, art. 16, 1o.
Patria, art. 13, 2.
Les statuts de Helvétia, art. 16, connaissent une cooptation provisoire. Pendant une période administrative, l'assemblée des délégués peut, dans le but de se compléter ou de remplacer une vacance, procéder à la nominaton de nouveaux délégués, dont le mandat toutefois expirera à la fin de la période en cours.

La cooptation, ainsi introduite dans l'organisation statutaire d'une coopérative d'assurance concessionnaire, souligne le fait que la personne morale a pris une ampleur trop vaste pour permettre à son membre d'exercer encore utilement ses droits sociaux dans un organe démocratique.

La cooptation, que nous avons déjà rencontrée dans la fondation, que nous avons retrouvée dans l'institution fondative qu'est l'association à but entièrement désintéressé, fait donc aussi son apparition dans le domaine coopératif. Elle consacre le caractère fondatif de l'institution qui la connaît. L'organe de l'administration d'une très grande coopérative d'assurance concessionnaire qui se recrute par voie de cooptation ne se distingue guère du conseil de fondation qui élit lui-même ses membres.

L'évolution de la personne morale comme corporation est pratiquement arrivée à son terme, lorsque l'institution se révèle contenir certains éléments de fondation : élément humain anonyme ou quasi-indéterminé, prépondérance de l'élément patrimonial, inutilité ou inexistence d'un organe démocratique dans la personne morale. La corporation se fixe alors dans un certain conservatisme fondatif.

La cooptation affirme, dans toute institution, une règle d'organisation et un mode de recrutement aussi utile et aussi licite qu'un mode de recrutement démocratique des membres de l'administration. Elle remplit souvent efficacement une fonction qu'une masse de membres impotente ou même flottante comprise dans un organe démocratique de la personne morale serait incapable d'assumer avec autant d'objectivité : l'élection d'administrateurs intelligents et dignes de confiance. Elle caractérise la fondation et l'institution à caractère fondatif.

II.

La limitation des pouvoirs de l'administration par : l'action sociale du membre de l'administration, le contrôle statutaire, l'autorité de surveillance officielle

Le droit d'élire ses membres par cooptation souligne l'étendue des pouvoirs d'une administration à laquelle l'organisation statutaire accorde ce droit. Mais l'omnipotence d'une telle administration n'est pas sans rencontrer de limites.

Les limites apportées aux pleins pouvoirs d'une administration dans la société coopérative d'assurance concessionnaire se retrouvent aussi dans la fondation, où la plainte remplace très fréquemment l'action sociale et où un contrôle opéré par des experts ainsi

qu'une surveillance officielle viennent également assurer la bonne marche de la personne morale et éviter les exactions de son administration. Toutes ces mesures servent en quelque sorte de « régulateurs» et d'éléments compensatoires à une administration toutepuissante, et de succédané à une assemblée générale impraticable.

1. *L'action sociale du membre de l'administration.*

Nous avons déjà souligné l'insuffisance du droit à l'action sociale pour le coopérateur moyen, membre d'une coopérative d'assurance importante et qui ne fait pas partie de l'administration de la personne morale (chap. IX, § 2, III, 3.). Cette insuffisance se fait sentir encore plus vivement, lorsque les décisions et communications de la société n'atteignent les membres que par voie de publication dans un journal officiel quelconque (par exemple la FOSC), souvent inconnue ou inaccessible à toute une classe de sociétaires-preneurs. Il s'agit donc d'établir maintenant ce droit du membre de l'administration à l'action sociale.

a) *Légitimation active.*

L'article 891 I CO habilite soit l'administration soit chaque associé à attaquer en justice la décision sociale violant loi ou statuts. Mais cet article entend-il légitimer l'administration en tant qu'organe de la personne morale, ou bien simplement chaque membre de l'administration, pris séparément? Il est indifférent d'opter pour l'une ou pour l'autre de ces deux solutions, tant qu'il existe un administrateur unique. Mais dès que l'administration est elle-même organisée corporativement, il s'agit de se prononcer sur cette question.

En effet, ou bien l'organe est habilité comme tel : en ce cas-là il faudra une décision préalable de cet organe pour attaquer une décision de l'assemblée générale. Ou bien ce sont ses membres, pris séparément, que la loi habilite à ester en justice contre une décision de la société qu'ils jugent contraire à la loi ou aux statuts : chacun de ces membres pourra alors, sans décision préalable de l'administration, agir en justice contre la société.

L'article 891 I CO semble adopter la première de ces deux solutions [14]) qu'elle consacre aussi dans la société anonyme (706 CO); mais elle ne nous paraît pas devoir être prise en considération dans une grande coopérative d'assurance où seul un membre de l'administration, et non pas l'administration comme telle, aura la possibilité, pratiquement, de faire respecter la finalité de l'institution

14) «Si l'action est intentée par l'administration, le juge désigne un représentant de la société.»

par cette action que lui confère une interprétation extensive de l'article 891 CO.

Ce droit du membre de l'administration à l'action sociale est un postulat indispensable découlant de la faculté qu'a la société de se priver de son organe «législatif» et d'en confier les attributions à son «exécutif». Si le droit d'attaquer une décision de l'assemblée générale contraire à la loi ou aux statuts a pu être considéré comme une correction nécessaire du système majoritaire [15]), nous affirmons, à notre tour, l'impérieux besoin du droit du membre de l'administration d'attaquer une décision sociale, prise par cet organe, comme une correction nécessaire des pleins pouvoirs de l'administration dans une très grande société. Seule la faculté du membre de l'administration, ut singulus, d'attaquer une décision sociale contraire à la loi ou aux statuts sauvegarde le but du Droit : la protection d'intérêts légitimes [16]) [17]).

Ce n'est qu'à l'aide de cette action que le membre de l'administration de la société coopérative d'assurance concessionnaire pourra attaquer une décision ou nomination à laquelle aurait procédé cet organe sans que tous ses membres aient été convoqués régulièrement ad hoc ou sans qu'ils aient eu tout au moins la possibilité d'exprimer leur avis sur la question à traiter [18]). — Si l'administration est organisée elle-même corporativement, et si elle possède des organes distincts, l'action sociale appartiendra au membre de chaque organe administratif.

Nous aurons peut-être moins de scrupules à admettre ce «Anfechtungsrecht» d'une décision administrative, si nous songeons que le droit d'attaquer une décision de l'assemblée générale a dû attendre

---

15) Ensslin R., Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaft, p. 1: «Diese Befugnis ist eine notwendige Korrektur des für die Beschlussfassung der GV geltenden Mehrheitsprinzipes. »

16) Ce droit du membre de l'administration mérite d'être souligné dans la coopérative, puisque, contrairement à ce qui se passe dans la SA (707 CO), les membres de l'administration de la coopérative ne sont pas nécessairement des «sociétaires» (894 I CO: la majorité des administrateurs doit se composer d'associés).

17) Stebler O., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des VR in der AG, p. 112: «Jedes VR-Mitglied hat einen Anspruch darauf, dass sich die Willensbildung im VR in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Rechtssätzen und den Statutenvorschriften gestalte.»

18) V. Bl. f. z. R., 11, N° 171, p. 296 : «Die in der Mitwirkung aller Mitglieder der Verwaltung liegenden Kautelen werden aber ausgeschaltet, wenn ein gültiger Beschluss des Verwaltungsrates zustande kommen kann, trotzdem ein Teil der Mitglieder des Verwaltungsrates von vornherein von der Mitwirkung bei der Beschlussfassung ausgeschlossen wird.»

longtemps avant d'être reconnu dans la législation du code des obligations révisé [19]).

C'est donc en tant que membres de l'organe administratif que certaines personnes peuvent attaquer une décision sociale violant la loi ou les statuts. Si le membre de l'administration est en même temps coopérateur, il possède ce droit à un double titre.

L'action sociale «individuelle» et celle du membre de l'administration naissent de préoccupations souvent différentes, mais complémentaires. En principe la première est déclenchée par une lésion de la sphère des intérêts sociaux particuliers du membre, alors que la seconde répond fréquemment à des préoccupations ayant pour objet la protection de l'«entreprise en soi» (das «Unternehmen an sich»). Il se peut naturellement aussi que des intérêts propres du membre de l'administration soient dignes de protection et incitent ce dernier à agir en justice contre la société. Ce sera le cas, dans une coopérative d'assurance où la responsabilité des décisions de l'administration n'est plus couverte par une assemblée générale, si le membre de l'administration estime que sa responsabilité risque d'être trop engagée par une décision à laquelle il n'a pas adhéré [20]).

Soit l'action sociale du membre soit celle du membre de l'administration tendent à un rétablissement de l'équilibre des forces dans la personne morale. Elles poursuivent les deux le même but : l'expression d'une volonté sociale véritable conforme à la loi et aux statuts.

b) *Légitimation passive.*

La défenderesse dans cette action est toujours la société elle-même : Lorsque c'est un associé qui attaque la décision d'une assemblée générale, c'est l'administration, comme organe de gestion et de représentation de la personne morale, qui intervient et défend au procès. Lorsque c'est l'administration comme telle qui attaque la décision sociale prise en assemblée générale, le juge désigne un représentant de la société (891 I CO). Par analogie, il faudra admettre cette même solution pour les décisions de l'administration attaquées par un sociétaire ou par un membre de l'administration [21]).

---

19) Ensslin R., Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungs-Beschlüsse der Aktiengesellschaft, p. 6 ss.

20) Stebler O., loc. cit., p. 112, 113, 114.

21) Dans ce dernier cas, le représentant désigné par le juge sera facilement un membre de l'administration ayant voté en faveur de la décision sociale attaquée. Mais nous ne sommes pas de l'opinion de Stebler, loc. cit., p. 123, qui estime «dass bei der Anfechtung von VR-Beschlüssen die Klage am besten sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen die dem Beschluss zustimmenden VR zu richten ist». Cet auteur atténue pourtant son affirmation, p. 125.

L'«Anfechtungskläger» n'attaque pas tel ou tel organe déterminé de la société, il attaque une décision de la personne morale qu'il estime avoir été prise en violation de la loi ou des statuts. C'est au juge qu'il appartiendra de dire si la décision attaquée est anti-sociale ou non.

Le demandeur n'a en vue que la réalisation d'une vraie volonté sociale. S'il plaide en son propre nom, dans l'action sociale, alors qu'il agit en somme comme un «organe redresseur de torts»[22]), c'est parce qu'il n'est pas encore possible de savoir, avant l'issue du procès, si la vraie volonté de la personne morale gît dans les conclusions du demandeur ou de la défenderesse. Dans ces conditions, il est normal que l'on établisse une présomption de vérité en faveur de la décision sociale prise par la société défenderesse dans l'un de ses organes sociaux.

2. *Le contrôle statutaire.*

Le code des obligations révisé a introduit dans l'organisation des coopératives un organe de contrôle obligatoire. Cette fonction obligatoire du contrôle pourra être confiée par les statuts à une société fiduciaire, à un syndicat de révision, ou à d'autres experts étrangers à la société. L'article 723 I CO ne trouve cependant pas sa réplique dans le droit coopératif[23]).

L'organisation du contrôle dans les sociétés coopératives d'assurance concessionnaires prête aux combinaisons les plus variées.

Alors que certaines sociétés ne connaissent qu'un contrôle interne confié à quelques-uns de ses membres, d'autres confient globalement le mandat d'office de contrôle à une institution fiduciaire, à un bureau fiduciaire, à une société ou association fiduciaire.

Les experts «étrangers» qui ne font qu'assister les contrôleurs proprement dits dans leur tâche ne remplacent pas l'organe de contrôle légal et statutaire, et ne sont liés à la société qui les mande par l'un ou l'autre de ses organes que par un simple mandat salarié.

A ces divers contrôles, internes et externes, viennent encore s'ajouter ceux qui sont faits pendant l'exercice par le bureau fédéral des assurances à Berne.

---

22) Dans le même sens : Vollenweider, Beiträge, p. 61: «Die Anfechtungskläger klagen in eigenem Namen auf Effektuierung des wahren Körperschaftswillens. . .» P. 65: «Hier ist der Einzelne Majorität.»

23) Rapports d'experts étrangers obligatoires, à côté des organes de contrôle ordinaires de la SA, dans les sociétés dont le capital social s'élève à cinq millions de francs ou plus, ou qui ont des obligations d'emprunt, ou qui annoncent publiquement qu'elles acceptent de l'argent de tiers. —De telles prescriptions ne s'imposent pas dans une société d'assurance soumise à la surveillance du BFA.

La lecture des statuts et rapports annuels des différentes sociétés d'assurance coopérative nous fait toucher du doigt que le contrôle obligatoire de ces sociétés repose de plus en plus sur des personnes, morales ou physiques, spécialisées dans le domaine de la révision et étrangères à la société à laquelle elles servent de contrôleurs. Lorsque les travaux de contrôle ne sont pas tous réunis dans la même main, celle de la «externe Revisionsstelle», le contrôle interne de la société se limite généralement à une révision formelle, tandis que les contrôleurs «étrangers» s'appesantissent sur le côté matériel de leur tâche. La société évite ainsi un double emploi de ses organes de contrôle internes et externes [24]).

Cette influence de plus en plus grande et de plus en plus envahissante de services spécialisés dans l'organisation du contrôle des grandes coopératives d'assurance rappelle les organes de contrôle que l'on trouve dans les fondations.

3. *Fonctions et rôle compensatoire de l'autorité de surveillance officielle dans la société coopérative d'assurance concessionnaire.*

L'organisation du contrôle de la personne morale se ressemble beaucoup dans la société coopérative d'assurance concessionnaire et dans la fondation. Elle est un point commun de plus entre ces deux catégories d'êtres sociaux. Dans l'une comme dans l'autre de ces personnes morales elle est indispensable comme contre-poids aux pouvoirs étendus de l'administration.

Après avoir passé en revue le rôle compensatoire joué par l'action sociale accordée au membre de l'administration et par le contrôle statutaire dans les coopératives d'assurance concessionnaires, ajoutons-y celui que joue l'autorité de surveillance officielle, le BFA, qui remplit tant une fonction de police et de gardienne de l'ordre public que celle d'un organe démocratique de la personne morale.

Les lois de surveillance en matière d'assurances privées prévoient certaines ingérences, surtout indirectes, dans la vie sociale de l'entreprise d'assurance. Ainsi le Conseil fédéral a-t-il le droit de mettre la société en demeure de prendre les mesures nécessaires pour rétablir la situation, si les intérêts des créanciers d'une société suisse paraissent menacés. Il peut exiger la convocation d'une

---

24) Graner Paul, Stellung, Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem revidierten Obligationenrecht, p. 11 : «Um Doppelspurigkeiten in den Arbeiten der internen Kontrollstelle und der externen Revisionsstelle (die ebenfalls eine materielle Rechnungsprüfung vorzunehmen hat und hierfür die Hauptverantwortung trägt) zu vermeiden, ist es selbstverständlich, dass diese beiden Instanzen eine gewisse Arbeitsteilung vereinbaren. . .»

assemblée générale et s'y faire représenter (art. 14, I LCaut). Dans les sociétés suisses d'assurances sur la vie, il peut exiger la convocation d'un autre organe social ayant qualité pour prendre toutes décisions concernant les mesures d'assainissement nécessaires (art. 15, LGar).

Si la société n'a pas rétabli sa situation dans un délai fixé, le Conseil fédéral ordonne la liquidation conformément au code des obligations (art. 15, LCaut). S'il s'agit d'une société suisse d'assurance sur la vie qui entre en liquidation, le Conseil fédéral peut lui nommer un liquidateur (art. 17, LGar). L'article 24 LGar dispose que le Conseil fédéral peut désigner pour la liquidation de la faillite une administration spéciale et lui conférer tous les pouvoirs de l'assemblée des créanciers, donc des coopérateurs et membres dans la coopérative d'assurance. Il peut transférer à une autre société, totalement ou partiellement, avec droits et obligations, le portefeuille garanti par le fonds de sûreté, ou le faire liquider par la Confédération sur la base des contrats d'assurance (art. 27, II LGar). Si le portefeuille est liquidé par la Confédération, il acquiert la personnalité et le Conseil fédéral lui nomme un liquidateur (art. 27, III LGar). Dans ce dernier cas, nous aurions la situation suivante, s'il s'agissait d'une coopérative d'assurance: Les coopérateurs deviendraient les «destinataires» du «portefeuille personifié», qui n'est en somme qu'un «patrimoine personifié», c'est-à-dire une fondation. La personne morale n'aurait changé que de nom, ses membres resteraient les mêmes.

Ces mesures n'atteignent cependant jamais directement l'organisation statutaire de la société d'assurance. Tendant à la protection des membres de la coopérative d'assurance en tant qu'assurés et non en tant que coopérateurs, elles évitent autant que possible de s'ingérer dans la vie sociale interne de l'entreprise d'assurance. Nous ne saurions concevoir, par exemple, la révocation d'un membre de l'administration de la coopérative d'assurance par le Conseil fédéral [25]).

---

25) Dans les fondations, le pouvoir de l'autorité de surveillance va nettement plus loin. Ainsi un arrêt récent a confirmé le droit de l'autorité de surveillance d'exclure de ses fonctions le membre d'un comité ou conseil de fondation. Cette intervention dans la composition et dans le libre choix des membres d'un tel comité a respecté l'autonomie propre de la personne morale en ce sens que l'autorité de surveillance n'a pas procédé elle-même à la nomination d'un membre de l'administration à la place de celui qu'elle avait révoqué, et qu'elle s'est contentée d'inviter le conseil de fondation à procéder lui-même à l'élection d'un nouveau membre par cooptation, se réservant uniquement l'approbation de ce choix. V. Arrêt rendu par la cour de droit public du Tribunal fédéral dans sa séance du 24 janvier 1951. Non publié dans le RO, mais cit. dans «Freiburger Nachrichten», N° du 2 février 1951, p. 4, sous «Abberufung eines Stiftungsrates» (Aus dem Bundesgericht).

L'autonomie de la personne morale est, en ce sens, entièrement sauvegardée; les tâches sociales proprement dites qui incombent à la personne morale relèvent en bonne logique de la compétence de ses organes statutaires, ceux-ci ne consisteraient-ils qu'en une administration organisée corporativement.

Les prescriptions dispersées dans les différentes lois de surveillance ont donc essentiellement un caractère de police, évitant à l'autorité de surveillance de trop empiéter sur les tâches proprement corporatives de la personne morale, contrairement à ce que l'on peut constater dans la surveillance des fondations.

La surveillance en matière d'assurance est en tout premier lieu d'ordre technique. Ce qui justifie dans une grande mesure l'autorisation d'exploiter accordée par le Conseil fédéral à une entreprise d'assurance en Suisse, c'est la solidité de ses bases techniques et leur conformité aux diverses lois de surveillance. Un fléchissement dans cette garantie accordée aux assurés ou une infraction à ces lois de surveillance justifient le retrait de la «concession» (art. 21, LCaut, 35 LGar, 55 Ordonnance). Les réserves et bases techniques des sociétés d'assurance sont la colonne vertébrale de l'assurance privée en Suisse.

Dans la grande coopérative d'assurance, l'autorité de surveillance protège, mieux que ne le ferait une assemblée générale, les droits des assurés qui sont en même temps coopérateurs et membres de l'institution d'assurance.

Par son contrôle matériel de la gestion de la personne morale, par sa faculté d'exiger des rapports et des comptes et par son contrôle technique des ressources et réserves des institutions soumises à une surveillance officielle l'autorité de surveillance apparaît comme une fidèle gardienne de la finalité institutionnelle. Elle oppose dans une coopérative d'assurance concessionnaire importante un contrepoids utile et nécessaire à une administration qui se renouvelle par cooptation et qui, comme dans toute grande société, détient les leviers de commande de la personne morale.

CONCLUSION

Au terme de ce travail, qu'il nous soit permis de tirer les conclusions suivantes :

Toute personne morale constitue un organisme social et une réalité bien vivante. L'homme n'est pas une simple abstraction, un

Robinson dans son île. Il est un être social et, répétons le mot, institutionnel. Il ne saurait se passer de Vendredi[1]).

Entre l'individu et l'Etat il n'existe pas de cloison étanche. De nombreuses communautés intermédiaires, plus ou moins éphémères et durables, demandent à ce que soit reconnu leur droit à la vie juridique.

Il ne s'agit pas de tomber dans un individualisme juridique à outrance, dans un siècle ouvert aux plus grands progrès sociaux où les associations professionnelles et les groupements de droit privé sont appelés à dire leur mot.

«L'Etat, c'est moi» n'est plus qu'un soit-disant mot historique[2]). Le despotisme éclairé, aussi brillantes ses lumières fussent-elles, n'arrive plus à cacher la réalité sociale qu'il essaye d'incarner dans un seul individu : la personne morale et l'être social. Celui-ci ne s'identifie pas avec un seul homme ou avec un collège d'«administrateurs» (Hölder), mais se compose de quatre éléments réunis: Le but et l'Idée directrice du groupement, but d'autant plus vaste que la société sera plus parfaite, une organisation viable, un patrimoine affecté à la réalisation de cette fin et un groupement d'hommes, le substrat humain «informé», comme dirait Clémens, par la personne morale. Le roi, comme le peuple souverain, n'est que l'organe constitutionnel chargé de la réalisation du but commun et dont la tâche est d'exprimer et d'exécuter la volonté «institutionnelle» de l'être social[3]).

---

1) Le caractère d'altérité du Droit, souligné déjà par Thomas d'Aquin (Somme théologique, II. II. qu. 58 a. 5.) ne saurait faire abstraction de l'être institutionnel. «justitia ordinat hominem in comparatione ad alium.» L'alius peut être une personne physique ou une personne morale.

2) Sa fausseté a été prouvée, sur le terrain psychologique, par Jung C. G., Die Beziehungen zwischen dem Ich und dem Unbewussten, IV. Auflage, 1945, Zürich. L'individu ne s'identifie pas avec la collectivité dans laquelle il exerce une fonction «sociale». S'il le fait, il présente déjà un certain caractère «maladif». Ainsi, loc. cit., p. 38: « Wenn ich mich daher mit meinem Amt oder Titel identifiziere, so benehme ich mich, wie wenn ich der ganze komplexe soziale Faktor, der ein Amt ist, selber wäre, wie wenn ich nicht nur der Träger des Amtes, sondern auch zugleich die Zustimmung der Gesellschaft wäre. Damit habe ich mich ungewöhnlich ausgedehnt und Eigenschaften usurpiert, die keineswegs in mir, sondern ausser mir sind. L'état — c'est moi, das ist das Motto für solche Leute.»

3) L'être social est un être «organique», mais pas dans le sens où l'entend la théorie biologique de la personne morale. V. dans le même sens: Saleilles, De la personnalité juridique, p. 192, 194, 541, où l'auteur parle de la volonté collective et fonctionnelle de la personne morale. — L'être social se distingue de la foule ou d'un «Sammelvermögen» (v. à ce propos Fischbach Oskar, «Das Sammelvermögen», Strasbourg, 1907, Inaugural-Dissertation) en ce que ces derniers ne sont pas organisés institutionnellement, d'une manière durable.

La cooptation, principe d'organisation de la personne morale, ne saurait être dégagée de son milieu, l'institution, si l'on essaye de résoudre les problèmes qu'elle a suscités en nous et qu'elle suscite encore au sein de notre parlement.

Tout au long de notre travail, nous n'avons cessé de nous demander : Est-ce légitime d'adopter un tel principe constitutionnel dans l'organisation de la personne morale de droit privé à structure corporative ? Ne s'oppose-t-il pas d'une manière irréductible au principe démocratique dont un peuple féru de ses traditions politiques séculaires ne saurait démordre sur le terrain du droit privé ? Des raisons pratiques postulent-elles pourtant un tel choix? La finalité institutionnelle admet-elle ce choix et celui-ci ne lèse-t-il pas un droit de vote acquis du membre de la société coopérative d'assurance concessionnaire? Des garanties légales suffisantes permettent-elles à la personne morale de déroger au principe, communément admis dans la société anonyme, d'une assemblée générale aux pouvoirs inaliénables ? La cooptation est-elle, par ailleurs, un «Unikum» [4]) dans notre droit privé, et ne se retrouve-t-elle pas très fréquemment dans les règles d'organisation de la fondation, comme dans d'autres institutions à caractère fondatif dont elle accentue et souligne le glissement progressif vers l'établissement de droit privé?

Nos investigations ont abouti au résultat suivant :

L'organisation de la personne morale, comme l'étendue de la compétence de ses organes, peut différer plus ou moins notablement, selon la structure du groupement. Il n'existe pas de règle d'organisation stéréotypée pour toutes les personnes morales. La cooptation est une règle constitutionnelle et un mode d'élection tout aussi licite que le principe démocratique. Les deux sont susceptibles de se retrouver soit dans la corporation soit dans la fondation. Tout ce que nous pouvons dire de certain sur leur application constitutionnelle dans les personnes morales, c'est que le principe démocratique incarné dans une assemblée générale de membres caractérise généralement la corporation, alors que la cooptation est un principe d'organisation propre, d'une manière générale, à la fondation, où une autorité de surveillance remplit de nombreuses tâches confiées dans la corporation à l'assemblée générale. Mais rien n'empêche que, dans des circonstances données, les rôles soient renversés. Nous trouverons alors un recrutement démocratique de l'administration dans la fondation, et un mode dictatorial d'élection des administrateurs dans la corporation : la cooptation.

4) Comme fut désigné, lors des délibérations au Conseil National, l'article 893 CO actuel tout entier.

C'est cette dernière éventualité qui a fait l'objet de notre étude; les considérations que nous avons faites à ce sujet nous ont pleinement convaincu de la licéité de la cooptation dans la coopérative d'assurance concessionnaire dont les membres se comptent par milliers et qui a transféré le pouvoir de nommer les membres de l'administration aux administrateurs eux-mêmes, en vertu de l'article 893 CR. Les pouvoirs extraordinaires et exceptionnels de l'administration de cette société sont parfaitement légitimes, car le but de l'institution d'assurance ne court aucun risque d'être mis en péril par eux. La motion Sappeur qui nous a fourni un prétexte à cette étude ne saurait donc présenter une utilité ni pratique ni même théorique.

L'étude des problèmes posés dans cette société par l'introduction de la cooptation dans ses statuts nous a encore permis de constater le phénomène suivant : L'évolution de la coopérative d'assurance suit une courbe ascendante et corporative depuis sa fondation jusqu'au moment où, la société allant croissant, l'intérêt social et marginal du membre diminue au point de faire de la société un «établissement» d'assurance. La cooptation, ainsi qu'une surveillance officielle de la société, viendront consacrer et accentuer le caractère fondatif de l'institution. Cette constatation vient appuyer et confirmer un leit-motiv de cet exposé : l'identité de nature de toute personne morale, corporation ou fondation. Ce qui distingue l'une de l'autre, c'est uniquement le caractère plus prononcé de l'élément humain dans la corporation: il y jouit de droits sociaux actifs, en tant qu'organe constitutionnel de la personne morale, et l'influence prépondérante de l'élément patrimonial dans la fondation. C'est tout à l'honneur d'une législation positive de «com-prendre» la nature des institutions qu'elle réglemente et de les insérer dans un caractère juridique adéquat qui ne risque pas de forcer la réalité.

Post-scriptum. - Nous apprenons, juste avant l'impression de cette thèse, que la motion Sappeur n'a pas été discutée aux Chambres, car, Monsieur Sappeur n'étant plus élu dans la nouvelle législature, sa motion a été rayée de la liste le 3 décembre 1951. Cette motion n'a pas été reprise par un des collègues de Monsieur Sappeur.

L'article 893 CO, si vivement attaqué par Monsieur Sappeur, reste donc en vigueur tel quel. Puisse cette modeste contribution à la théorie de la société coopérative barrer la route à quiconque voudrait reprendre la lutte dans le sens de la motion de Monsieur Sappeur.

Dépot légal IVe Trimestre 1952, Impr. No 1998
IMPRIMERIE BRINKMANN
S. à r. l. Mulhouse
(France)